

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

VICTOR HUGO DOMINGUES

**PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**CURITIBA
2020**

VICTOR HUGO DOMINGUES

**PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, Economia e Desenvolvimento.

Orientadora: Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2020

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB-9/1636

	<u>Domingues, Victor Hugo</u>
D671p	Parâmetros para aplicação da economia comportamental em políticas públicas /
2020	Victor Hugo Domingues ; orientadora, Marcia Carla Pereira Ribeiro. -- 2020
	212 f. : il. ; 30 cm
	Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
	Curitiba, 2020.
	Bibliografia: f. 188-210
	1. Defesa do consumidor. 2. Direito administrativo. 3. Política Pública. 4. Economia -
	Aspectos psicológicos. 5. Comportamento do consumidor. I. Ribeiro, Márcia Carla
	Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós- Graduação
	em Direito. III. Título
	Doris. 4. ed. – 342.5

VICTOR HUGO DOMINGUES

**PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, Economia e Desenvolvimento.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro (orientadora)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor Fernando Borges Araújo
Universidade de Lisboa

Professor Doutor Vinícius Klein
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Oksandro Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor Rodrigo Kanayama
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Ricardo Lupion Garcia
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Curitiba, 13 de março de 2020.

À Diana, minha filha, prestes a vir ao mundo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares pelo incondicional apoio, à minha esposa pela paciência e a Deus pela providência.

Especial agradecimento à minha orientadora Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro, pela dedicação e zelo.

RESUMO

A tese tem por objetivo abordar o fenômeno da aplicação de incentivos econômicos comportamentais em políticas públicas e seus limites. A utilização das técnicas de manipulação comportamental em arranjos normativos complexos promoveu uma nova estrutura de conformação dos comportamentos aplicada por meio de políticas públicas. A estrutura normativa que faz uso de incentivos psicológicos para influenciar a formação de preferências individuais tem como matriz teórica o Paternalismo Libertário. A premissa fundamental do Paternalismo Libertário pressupõe que os indivíduos não tomam as melhores decisões para si mesmos. Logo, a busca pelo bem-estar legitima a ação do planejador central no sentido de corrigir eventuais efeitos sociais adversos, decorrentes de más escolhas individuais tomadas no ambiente socioeconômico. A hipótese fixada no início da pesquisa suscitou a possibilidade de violação das liberdades individuais de escolha, sobretudo quando instrumentos de regulação comportamental compõem esse conjunto normativo e pretendem substituir ou mesmo manipular o processo de formação de preferência dos indivíduos. Para identificar possibilidades de violação de direitos e garantias atinentes ao exercício da liberdade de escolha, a ideia de política pública foi tomada pela teoria dos arranjos institucionais complexos. A partir do referencial teórico escolhido, aplicou-se a metodologia comparativa para identificar pontos comuns entre os ramos do conhecimento conexos e estabelecer correspondências epistemológicas entre a Economia Comportamental, a Ciência Política e o Direito. A abordagem neoinstitucionalista serviu para resgatar o protagonismo do Direito como pilar fundamental para a construção de novos modelos normativos e, assim, identificar eventuais pontos de conflito entre o desenho dos incentivos e o exercício das liberdades individuais. Com base em uma avaliação institucionalista, foram identificados limites institucionais para intervenção estatal no domínio individual de formação de preferências. Na conclusão, sugeriram-se filtros para a utilização da manipulação cognitiva durante o processo de construção de alternativas em políticas públicas. Na busca pelos resultados pretendidos, imprescindível estabelecer dentro do ciclo de políticas públicas o momento de aplicação dos parâmetros sugeridos, como um recurso efetivo de proteção do exercício das liberdades individuais e garantias ao Direito autônomo de formação de preferências.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Economia Comportamental. Direito. Parâmetros.

ABSTRACT

The thesis aims to analyze the adequacy of the mechanisms of behavioral incentives as normative elements of public policies and their relationship with the Law. The premise that individuals do not make the best choices for themselves and that individual preferences do not always lead to the improvement of their own conditions of material well-being was the central point of Libertarian Paternalism, identified as the theoretical matrix of a new behavior regulation proposal. The need to correct adverse social effects, resulting from poor individual choices in the socio-economic environment, favors the environment of using incentives to design public policies formulated based on neural stimuli, the main characteristic of Behavioral Economics in its normative aspect. It was considered how the use of instruments in public policies changes the relationship between the central planner and individuals and their rights. The hypothesis established at the beginning of the research raised the possibility of violating individual freedoms of choice, especially when instruments of behavioral regulation make up this normative set and intend to replace or even manipulate the process of preference formation of individuals. To identify possibilities for violating rights and guarantees related to the exercise of freedom of choice, the idea of public policy was based on the theory of complex institutional arrangements. Based on the chosen theoretical framework, the comparative methodology was applied to identify common points between related branches of knowledge, in order to establish epistemological correspondences. The neoinstitutionalist approach to public policies served as the basis for defining the set of theoretical assumptions that made Behavioral Economics a fundamental pillar for the construction of new normative models and, thus, identifying points of conflict with the exercise of individual freedoms. As a basis for an institutionalist assessment, institutional limits for state intervention in the individual domain of preference formation were identified. In conclusion, filters were suggested for the use of cognitive manipulation during the process of building alternatives in public policies. In the search for the intended results, it is essential to establish within the public policy cycle the moment of application of the suggested parameters, as an effective resource for the protection of the exercise of individual freedoms and guarantees to the autonomous Right to form preferences.

Keywords: Public Policies. Behavioral Economics. Law. Parameters.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A ECONOMIA COMPORTAMENTAL E O DIREITO	18
2.1 A ESCOLHA RACIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.	37
2.2 AS ESTRUTURAS NORMATIVAS E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL ..	48
3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO E BEM-ESTAR	66
3.1 PATERNALISMO FORTE E FRACO	75
3.2 PATERNALISMO LIBERTÁRIO PÚBLICO E O SETOR PRIVADO	81
3.3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO E A QUESTÃO TERMINOLÓGICA.....	91
4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ARRANJOS INSTITUCIONAIS COMPLEXOS	96
4.1 INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE BEM-ESTAR.....	111
4.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	125
4.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO BRASIL .	132
5 OS LIMITES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO ÂMBITO DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	146
5.1 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS À APLICAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.	154
5.2 LOCUS DE APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS À UTILIZAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.	174
6 CONCLUSÃO	182
REFERÊNCIAS	188
ANEXO A – HITLER AND NUDGE.	211
ANEXO B – A POPULARIDADE DO NUDGE	212

1 INTRODUÇÃO

Como instrumento de regulação dos comportamentos humanos por excelência, o Direito apresenta um rol vastíssimo de métodos e abordagens. Da mesma forma, são os incentivos psicológicos que operam as restrições das vontades subjetivas ou pré-compromissos individuais. Entretanto, a conjunção de incentivos psicológicos e Direito nunca tiveram até então tamanha relevância na construção de alternativas para resolução de problemas sociais. Os incentivos meramente psicológicos, sejam eles provenientes de fontes internas ou externas, sempre prescindiram de uma norma restritiva ou autorizativa formal.

Em a Odisseia, por exemplo, Homero narra o mecanismo utilizado por Ulisses para não cair na armadilha do canto das sereias. Ao amarrar-se no mastro da nau e tapar com cera o ouvido dos seus companheiros, Ulisses ordena que não o desatem, nem ouçam as sereias, sob pena de caírem no feitiço do “canto das sereias” e serem conduzidos ao encontro das rochas.

Essa pequena narrativa extraída do mito heroico da Odisseia toca diretamente o objeto geral de análise desta pesquisa: as escolhas humanas, suas restrições e os respectivos impactos no contexto social. Ao tratar da escolha humana propriamente dita, a pesquisa trouxe da Economia e da Psicologia Comportamental novas descobertas científicas que impactam significativamente no Direito. Por sua vez, sendo o Direito um componente indispensável do conjunto de elementos que formam as políticas públicas, a análise conjugada desses formam o objeto central da análise proposta.

Há muito tempo a psicologia tem se associado ao Direito para tratar das questões de insanidade e desvio de comportamento. Tanto no campo do Direito Civil, como também no Penal, a psicologia auxilia a norma jurídica quanto ao diagnóstico acerca da saúde mental dos indivíduos e sua capacidade de participar regularmente da vida em sociedade.

A novidade consiste, portanto, no momento em que as novas descobertas da Economia Comportamental encontram o Direito e as políticas públicas. A política pública é o núcleo essencial para o qual convergem esses elementos. Dentro do círculo elementar comum formado pelos limites institucionais das políticas públicas, a Economia Comportamental encontrará no Direito uma nova proposta para solução dos problemas socioeconômicos.

Isso inclui analisar as escolhas humanas no contexto social e sua função para o atingimento de metas de bem-estar. O processo de distorção que os indivíduos fazem sobre a avaliação de riscos, a tomada de decisão sob emoção e a crítica quanto às condições adotadas pelo pressuposto da escolha racional têm especial papel nesse contexto.

Não se fará, portanto, uma abordagem sobre as críticas metodológicas acerca dos fundamentos que edificaram a Economia Comportamental e sua recepção pelo Direito. Mas sim, sobre sua aplicação jurídica como mecanismo de manipulação dos comportamentos por meio das políticas públicas. Assim, o enfoque jurídico que se pretende dar ao objeto analítico é mediado pelas políticas públicas de regulação dos comportamentos, fenômeno recente que ganhou relevância sob a doutrina do Paternalismo Libertário e que tem em Cass Sustein e Richard Thaler seus maiores expoentes.

A restrição de comportamentos por via da regulação do Estado, mediada pelas políticas públicas, tem grande impacto sobre o conjunto de direitos e deveres que compõem o plano de ação das liberdades individuais. Mais especificamente, sobre a capacidade dos indivíduos de realizar escolhas econômicas e sociais de forma autônoma. Independente do juízo de valor que se faça das preferências individuais, é consabido que, no contexto socioeconômico, as escolhas individuais são elementos importantes para mensurar o nível de desenvolvimento econômico e os níveis de bem-estar. Elas têm impacto direto na sociedade e, dado sua falibilidade, podem representar uma diminuição nas condições substantivas de fruição e gozo de Direitos.

Escolhas malsucedidas podem conduzir determinados grupos a situações de extrema vulnerabilidade material e social. Dada a relevância que o procedimento de escolhas tem em relação ao conjunto de indicadores de bem-estar, as causas e consequências de todo o processo que envolve a realização de preferências individuais precisa também ser abordado de um ponto de vista do Direito Público.

Por isso a temática insere-se na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, cujo objetivo atende à proposta de investigar a realidade contemporânea sob o papel do Estado e as formas jurídicas organizadas que buscam realizar o incremento do bem-estar geral, com a efetivação do desenvolvimento econômico sustentável.

O planejador central – ou arquiteto de incentivos – é tomado como o agente principal desse movimento, uma vez que tem papel fundamental na promoção do

desenvolvimento econômico, o que justifica a inserção da temática na linha de pesquisa Estado, Economia e Desenvolvimento. Como não existe a possibilidade de liberdade absoluta, é necessário posicionar adequadamente a amplitude da atuação estatal no contexto das escolhas privadas.

A finalidade, portanto, é de investigação do Direito em seu papel regulador das escolhas privadas, relacionando as formas de organização e os impactos do exercício da atividade econômica dentro de um complexo sistema social.

A consideração inicial do Estado como promotor principal do desenvolvimento não é isenta de críticas, sobretudo quando as políticas públicas aqui analisadas são desenhadas a partir dos instrumentos esquematizados pela teoria econômica que se convencionou chamar Economia Comportamental.

Essa recente subdivisão da Ciência Econômica ganhou relevo a partir da Teoria da Prospecção ou Teoria dos Prospectos, como serão adiante mencionados os elementos comportamentais e psicológicos que fundaram as descobertas de Amos Tversky e Daniel Kahneman, a partir da década de 70 do século passado.

Em caráter introdutório, a Teoria dos Prospectos firmou seu pilar teórico pela contestação ostensiva da premissa que considera os indivíduos pessoas plenamente racionais. Para os comportamentalistas as pessoas não maximizam a utilidade de suas opções e, invariavelmente, cometem erros de julgamento que podem comprometer sua condição vital. Não obstante essa constatação, políticas públicas foram formatadas com base em tipo ideal de indivíduo racional, objetivo e consciente, firme no pressuposto da racionalidade que subjaz à condição humana.

Assente no atributo da racionalidade das escolhas individuais, o plano teórico sob o qual políticas públicas foram implementadas no Século passado pressupunha que as pessoas realizavam as melhores escolhas para si, o que acontecia de forma estável e independente das condições e limitações do seu entorno. Da mesma forma, os condicionantes psicológicos subjetivos dos agentes econômicos foram sonogados pelos formuladores de políticas públicas.

A Teoria dos Prospectos e, por via reflexa, a própria Economia Comportamental, se contrapuseram contundentemente a esse modelo de abordagem. Hoje, pode-se afirmar que a racionalidade dos agentes econômicos não tem as mesmas configurações como previam os economistas ortodoxos do século XX. As melhores escolhas não são uma constante no contexto social. E esta conclusão gera grandes impactos no âmbito das referências teóricas que se dedicam a tratar dos

problemas sociais. A somatória de decisões ruins tomadas no âmbito privado apresenta em larga escala um problema social de complexa resolução. Inúmeros exemplos ilustram os efeitos das decisões privadas que demandam atuação do poder público para resolvê-los. Por exemplo, o tabagismo é uma prática prejudicial à saúde. Entretanto, inúmeras pessoas praticam o hábito sob a falsa percepção dos efeitos retardados que ele pode acarretar à saúde.

Outro exemplo; mesmo conscientes de que a renda diminui à medida em que sobrevém a idade de aposentadoria, as pessoas não realizam uma poupança condizente com sua renda média mensal, suficiente para cobrir os custos de vida quando possuem idade economicamente ativa. Da mesma forma é o malefício do consumo exagerado de alimentos hipercalóricos. Dado o aumento do sobrepeso médio geral da população, as pessoas não optam espontaneamente pelo consumo de alimentos com baixo teor calórico.

A mesma percepção equivocada dos riscos reais diz respeito à prática sexual irresponsável, que apresenta índices de aumento do contágio a despeito da quantidade de informação disponível sobre o problema.

Se, por um lado, as pessoas são influenciadas por armadilhas mentais e escolhem de forma equivocada, causando a diminuição da sua própria qualidade de vida, por outro lado, o Estado tem a missão legal, moral e ética de promover correções, atuando, inclusive, sobre escolhas que estão no círculo privado de decisões totalmente subjetivas. Entretanto, quais são as balizas da intervenção do Estado no domínio das escolhas individuais?

A busca pela melhoria nos indicadores de bem-estar é uma meta inserida no preâmbulo da Constituição Federal. Logo, o planejador central tem a legitimidade e a competência de socorrer as pessoas que reiteram escolhas contaminadas pelo erro sistemático de avaliação. Em suma, essas são as ideias que subjazem às premissas do Paternalismo Libertário.

Portanto, propõe-se a discussão acerca dos limites da aplicação dos mecanismos cognitivos de incentivos e, por via reflexa, o debate sobre as alternativas propostas pelo Estado em prejuízo da autonomia das escolhas privadas. O argumento da tese parte do pressuposto constitucional de que compete ao Estado providenciar meios para que as pessoas escolham e vivam melhor. Justifica-se, dessa maneira, a intervenção do planejador central como agente influenciador do processo de formação das preferências. Entretanto, de forma a restringir o objeto da pesquisa, coloca-se

em evidência analítica os limites e modos como são construídos os arranjos institucionais de tal intervenção.

A busca por melhorias condições de vida e existência não é um assunto novo quando se trata dos objetivos que compreendem as formas de atuação do Estado no âmbito das escolhas privadas. Todavia, importante discernir que esta busca pelo aumento de níveis de bem-estar é completamente diferente do que ficou mundialmente conhecido com *Welfare State*, ou Estado de Bem-estar Social. Tal distinção é necessária para que o arcabouço argumentativo sobre formas de prestação sociais do Estado não seja, equivocadamente, revolvido para a problemática tratada nesta pesquisa. Elas são diferentes em forma e conteúdo.

Não se trata, portanto, de abordar a meta constitucional do bem-estar pela tipologia dos direitos sociais, das prestações sociais de um Estado promotor da igualdade material, ou da eliminação das desigualdades provocadas pela ausência de acessos à serviços ou benefícios públicos.

O foco da pesquisa é o indivíduo, as escolhas em ambientes privados e os mecanismos de sua regulação. As decisões individuais equivocadas, provocadas por incidências subjetivas ligadas ao funcionamento de um sistema mental não racional, levam os indivíduos a realizar danos não intencionais a si próprios. Busca-se analisar como o Estado opera (pela normatização) em um panorama de más escolhas, realizadas em um contexto de influências psicológicas que podem levar os indivíduos às opções malsucedidas, fruto da incidência de vieses e da adoção de heurísticas.

Vieses são erros sistemáticos que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares. Heurística é um método de aproximação progressiva de problemas que demandam uma decisão individual imediata, de modo que cada etapa é considerada provisória, intuitiva e automaticamente tomada diante de um quadro de incertezas. Nem sempre os atalhos mentais radicados em nosso cérebro são as melhores soluções para problemas complexos. Todavia, não se pode descartar também os benefícios que as escolhas intuitivas colheram ao longo do desenvolvimento da humanidade.

A combinação analítica desses dois elementos –vieses e heurísticas – tem sido utilizada proveitosamente em inúmeros campos das relações humanas para diagnosticar falsas percepções da realidade. São as categorias pelas quais os cientistas do comportamento humano identificam os problemas de cognição e como o cérebro humano realiza esse processo de construção das preferências. Inúmeros

experimentos empíricos são aplicados para compreender a racionalidade por trás das escolhas. Tais investigações se espalham por diversas áreas, como diagnósticos médicos, análises de decisões judiciais, serviços de inteligência e espionagem, filosofia, finanças, estatísticas e estratégia militar.

O Direito também recebe a influência das proposições comportamentais. Para o jurista, trata-se de desvendar as estruturas técnicas normativas destinadas a influenciar o comportamento individual para caminho que o Estado reputa aceitável. Essa normatização, que se dá prioritariamente por meio do processo de elaboração e implementação de políticas públicas, difere totalmente do tradicional método de comando e controle, no qual os comportamentos proibitivos são expressos e as condutas almejadas são claramente dispostas em legislação formal.

Para corrigir os comportamentos erráticos, que não provocam imediatamente danos a terceiros e, portanto, não precisam de uma correspondente sanção pelo seu descumprimento, o Estado apoiou-se nas estruturas e nos instrumentos trazidos pela Economia Comportamental. Essa mudança da forma de atuação do Estado foi muito bem pontuada por Cass Sustein, referencial teórico sobre mecanismos regulamentares de indução de comportamentos que conduzem o desenvolvimento econômico e incrementam os índices de bem-estar.

Como o arranjo desse arcabouço normativo não tem paralelo com o processo legislativo formal (aprovação parlamentar), a formatação jurídica de tais elementos regulatórios se realiza dentro do processo de formação das políticas públicas. Por isso foi imprescindível trazer ao debate os fundamentos jurídicos institucionais que justificam a ideia de Estado em ação. No plano normativo, é suscitada a hipótese de que os fundamentos que permitem a manipulação dos comportamentos por parte do Estado podem, em algumas condições, violar as garantias atinentes ao exercício de liberdades individuais.

O elemento político mencionado neste trabalho deve ser contemplado não como expressão de um sistema ideológico partidário, mas sim na relação da comunidade com o poder administrativo do Estado, na definição do interesse público e sua execução no campo da realidade, esfera onde se realizam as políticas públicas. E aqui se mostra razoável fazer mais um recorte conceitual. A locução políticas públicas comportamentais refere-se àquelas que foram desenhadas mediante incorporação de mecanismos de incentivos neurocognitivos, próprios da Economia Comportamental.

Portanto, a novidade que se pretende analisar consiste no novo formato de manipulação de comportamentos pelo uso de incentivos psicológicos. Ao usar a locução incentivo cognitivo busca-se tratar de todos os mecanismos que subvertam a lógica das escolhas livres realizadas sem qualquer interferência do planejador central.

Na tese, somente instrumentos de estímulos cognitivos serão analisados, especialmente o enquadramento noticioso em sua interface com elementos normativos na elaboração de políticas públicas. Não serão abordados os incentivos financeiros como método de melhoria de performances comportamentais, como por exemplo, o pagamento para melhoria de notas escolares, o pagamento pela prática de exercícios físicos ou o pagamento pela perda de peso. Da mesma forma, não será contemplado o estímulo tributário para induzir ou reduzir a demanda de determinado produto ou serviço considerado indesejável pelo Estado.

Não obstante isso, os incentivos cognitivos inseridos em políticas públicas mantêm a característica transversal e multidisciplinar. Os arranjos institucionais daí decorrentes tomam características variadas. Esse amálgama, formado por ciências comunicantes em torno de um objeto de análise comum, ganha forma pelo conjunto de elementos jurídicos utilizados para formar um todo contíguo, destinado a conferir legalidade aos atos do Estado. Por tal razão que uma metodologia de análise unicamente dogmática não daria conta de compreender esse fenômeno complexo, recortado por diferentes campos científicos.

A análise jurídica proposta é, no entanto, uma metodologia própria que toma por referencial a construção dos fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas, da mesma forma edificada por Maria Paula Dallari Bucci. O método utilizado é o comparativo, uma vez que durante o processo de construção da tese foram estabelecidas pontes de similaridades e continuidades de outros campos científicos para dentro do Direito. A construção desse raciocínio estabeleceu semelhanças e diferenças de elementos que compõem o arranjo complexo das políticas públicas.

Os problemas que nortearam a pesquisa se referem a três questões centrais: a adoção de mecanismos comportamentais no processo de formulação de políticas públicas demanda a instituição de limites; se tais limites – se porventura existirem – estarão localizados dentro do sistema legal; e, ao final, em que hipótese deverão ser aplicados.

A hipótese central é que os incentivos, quando manejados pelo planejador central, precisam observar parâmetros impostos pela própria instituição. Estes

requisitos estão inseridos dentro de uma lógica coerente interna do sistema jurídico e dos fundamentos éticos que subjazem às garantias das liberdades individuais, mesmo quando elas apresentam potencial conflito com a proposta de incremento do bem-estar geral.

A tese, por opção de delimitação do seu conteúdo, não analisa o controle jurisdicional de políticas públicas para centrar-se na hipótese de controles exigidos no processo de formulação e desenho dos incentivos, momento prévio à aplicação de qualquer política pública comportamentalista.

A pesquisa demonstra que excluída toda literatura estrangeira acerca dessa temática, no Brasil o tema praticamente não foi abordado de forma específica. Optou-se, ainda, por identificar como o behaviorismo – utilizado como sinônimo de Economia Comportamental – encontrou no Direito novas formas de manipulação normativa dos comportamentos.

Como se sabe, as três ciências do comportamento – Psicologia, Economia e Direito – tem por objeto de estudo um componente comum: o ser humano em sociedade. Muito embora prescrevam, cada qual a seu modo e método, tipos ideais de comportamentos, todas buscam com maior acuidade possível se aproximar do real, daquilo que efetivamente acontece no mundo dos fatos.

Nesse sentido, a ascendência recente da Economia Comportamental como método de abordagem foi determinante para a identificação dos novos rumos das políticas públicas em âmbito mundial. Essa construção histórica é abordada na Seção 2. Na sequência, a Seção 3 busca tratar de uma Teoria Política que tem na figura central do Estado o elemento protagonista do desenvolvimento econômico e social. Todavia, e a despeito das diversas teorias que justificam o papel do Estado no campo de realização de direitos fundamentais, buscou-se analisar como esse papel se desenvolveu para justificar a regulação dos comportamentos no âmbito das escolhas privadas.

Entra em cena o Paternalismo Libertário, como uma ideologia de manipulação de comportamentos. Esse delicado equilíbrio na forma de propor mudanças comportamentais em larga escala situa-se entre o paternalismo considerado forte (tradicional/sancionatório) e o paternalismo considerado fraco (inovador/não sancionatório).

No momento subsequente da pesquisa, as comparações se dão no campo da Administração Pública e da Ciência Política, para reconhecer a tentativa vã de

estabelecer – inclusive para finalidade de investigação unicamente jurídica – um conceito fechado de políticas públicas. Isso foi determinante para o estabelecimento das conexões entres os principais campos de pertinência temática das políticas públicas. Esse processo é analisado na Seção 4.

Aponta-se para o fato de as políticas públicas abrangerem – no cenário brasileiro – um rol extenso de mecanismos de implementação. Para encaminhar à conclusão sobre a necessidade de um limite para adoção de mecanismos comportamentais em políticas públicas foi necessário adotar uma teoria institucional, com ênfase ao papel central que o Direito exerce no desenho de restrições comportamentais no âmbito institucional.

A tese tem a pretensão de abordar questões importantes para o Direito, como autogoverno das razões privadas, a responsabilidade individual e o processo de escolhas e preferências, elementos indispensáveis para o exercício das liberdades. Em tom crítico, ao final destaca-se possíveis problemas da violação da livre e consentida escolha dentro da lei. Propostas de limitação à atividade estatal e a sugestão da imposição de parâmetros foram indicados na Seção 5.

2 A ECONOMIA COMPORTAMENTAL E O DIREITO

A regulação dos comportamentos humanos é objeto primordial do Direito. Todas as teorias que buscaram dizer o que é e como se opera o Direito dentro de um sistema jurídico posto tem, por fim, relacioná-lo a regulação dos comportamentos humanos em um contexto de interação recíproca. Sob uma ótica utilitarista, o intercâmbio de interesses busca satisfazer as vontades individuais e é própria da natureza não civilizada.¹ Em um ambiente natural, essa tendência segue exclusivamente as inclinações do espírito animal sem, contudo, considerar os efeitos que acarreta ao ambiente coletivo. Sem a atuação de um órgão central de regulação “nenhuma espécie de animal é [...] menos apta a concordar durante muito tempo reunida em multidão do que a humana”.² Entretanto, para Mandeville³ a sensação de sociabilidade não pode ser subjugada unicamente por qualquer poder superior, sendo impossível pelo recurso da força aperfeiçoar a condição humana para tornar as pessoas aptas a conviver em sociedade.

A satisfação das vontades humanas decorre das escolhas que os indivíduos realizam no contexto social, mesmo quando tais escolhas são tomadas em um ambiente aparentemente privado. Apesar disso, a decisão humana é fruto de um conjunto de processos prévios de formação de preferências que atende dois subprocessos mentais que atuam simultaneamente “um deles rápido, automático e inconsciente; o outro, devagar, deliberativo e consciente”.⁴

O diagnóstico de que o cérebro atua em dois sistemas de avaliação diferentes contempla a ideia de que as decisões precipitadas e automáticas são fruto de uma prévia formatação mental, construída justamente para dar conta dos possíveis riscos imediatos em situações de aparente perigo, onde é impossível aguardar a tomada plena de informações para levar a cabo uma decisão imediata.⁵ Por outro lado, o sistema contemplativo e racional, que opera numa lógica racional de processos mentais complexos, é ativado em situações que não demandam a tomada de decisão

¹MANDEVILLE, B. A fábula das abelhas ou Vícios privados, benefícios públicos. São Paulo: Unesp, 2017. p. 51.

²MANDEVILLE, B. A fábula das abelhas ou Vícios privados, benefícios públicos... p. 51.

³MANDEVILLE, B. A fábula das abelhas ou Vícios privados, benefícios públicos... p. 51.

⁴KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 103.

⁵HORTA, R. L. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Revista Diálogos sobre Justiça**, Brasília, n. 2, p. 38-48, maio/ago. 2014. p. 42-43.

imediate, e permitem uma formação de preferências após um processo escalonado de avaliações.⁶

Para a Economia Comportamental interessa compreender como a satisfação das vontades humanas pode ser sabotada pelo processo decisório influenciado pelo sistema inconsciente de ação humana, muito mais suscetível ao sistema de pensamento imediato.⁷ Isso porque a falsa percepção da realidade pode conduzir a formação das preferências de forma equivocada, estimulando sensações de segurança, avaliações superestimadas e erros sistemáticos de julgamentos.

Por isso, o objeto primordial de estudo da Economia Comportamental é o erro sistemático que se repete de forma previsível em circunstâncias particulares, denominado viés.⁸ A Economia Comportamental é o ramo da Economia que estuda os processos psicológicos e decisórios do agente econômico e sua relação com a alocação de recursos escassos.⁹ ¹⁰ Suas reflexões estão sob alçada da microeconomia, a primeira grande divisão metodológica da Ciência Econômica.¹¹

A despeito dessa recente subdivisão dentro da ciência econômica, a

⁶KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 121.

⁷KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**... p. 10.

⁸Vale citar a observação, em nota do tradutor do livro de Daniel Kahneman: “Em inglês, a palavra *bias* é utilizada tanto no âmbito da estatística e da psicologia cognitiva (campos que se consagrou traduzi-la por “viés”, palavra pouco usada na língua portuguesa) como na linguagem corrente (assim como *tendency, inclination, propensity, prone, tend, trend* etc.) para designar “tendenciosidade, preconceito, tendência, propenso, inclinação” etc. Nesse mesmo contexto semântico as noções de *biased/unbiased*: “parcial, viesado” *In*: KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**... p. 10.

⁹Cf. EVANS, J. Dual-processing accounts of reasoning, judgment and social cognition. **Annual Review of Psychology**, v. 59, p. 255-278, 2008.

¹⁰A preferência pelo termo “Economia Comportamental” e não “Economia Psicológica” se deu pelo significado mais próximo possível do original anglófono *Behavioral Economics*. Segundo Ferreira é preciso atentar para o risco de confusão com a teoria comportamentalista radical desenvolvida pelo cientista americano Burrhus Frederic Skinner em meados da década de XX, com pressupostos e proposições completamente distintos. A autora destaca ainda que outros ramos do campo cognitivo podem ter objetos similares com abordagens diferentes, como a Psicologia Econômica, as Finanças Comportamentais, a Psicologia do Consumo e a Socioeconomia. *In*: FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 65-78. Mesma advertência sobre a diferença do comportamentalismo contemporânea com a psicologia antimentalista de Skinner é feita por Posner *In*: POSNER, R. **Direito, Pragmatismo e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.157.

¹¹A microeconomia é o ramo da economia que descreve o processo de formação dos preços e suas relações no mercado de trocas voluntárias. A própria Economia do Bem-estar é uma ramificação da microeconomia. Para Mankiw é o estudo de como as famílias e empresas tomam decisões e de como elas interagem em mercados específicos. *In*: MANKIW, G. N. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 26. Já a macroeconomia é o ramo que estuda os fenômenos gerais da economia (câmbio, política de empregos, crescimento econômico etc.), enquanto a microeconomia foca nos processos individuais e suas interações. Atribui-se a Paul Anthony Samuelson e Willian Nordhaus a solidificação dos campos da ciência econômica em macro e microeconomia, em vista do livro mais popular nas universidades americanas da década de 50. *In*: SKOUSEN, M. 1997, The Perseverance of Paul Samuelson's Economics. **Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 2, p. 137-152, 1997. p. 137.

Economia Comportamental tem se destacado com um novo elemento no processo de formulação e aplicação de políticas públicas. No contexto governamental as mais variadas temáticas sugerem a aplicação dos mecanismos de intervenção oriundos da Economia Comportamental.¹² Invariavelmente, todas essas iniciativas acabam por impactar na forma como esses novos mecanismos são colocados em prática, revolvendo questões normativas sobre o papel do Direito nesse contexto.

Como menciona Jolls¹³, quando a análise econômica comportamental atende a um programa político desejado pelo Estado (como exemplos a redução do uso de drogas, a utilização de equipamentos de proteção individual no ambiente de trabalho, a redução da obesidade mórbida etc.), o órgão regulador governamental deve fazer uso dos instrumentos de incentivos para atingir o comportamento que supõe adequado, mesmo em substituição das escolhas privadas.¹⁴

Para Ávila e Meneguín¹⁵, o fato que demonstrou a relevância das políticas públicas comportamentalistas foi a publicação de um conjunto de normas constantes na *Executive Order* n. 13707, de 15 de setembro de 2016, emitida pelo presidente Barack Obama, que cria diretrizes para os órgãos públicos utilizarem o enfoque comportamental nas políticas públicas.¹⁶

¹²A citação de parte do relatório do Banco Mundial de 2015, denominado “Mente, Sociedade e Comportamento”, demonstra a importância das políticas públicas e da Economia Comportamental tomada em contexto global: “O título deste relatório Mente, Sociedade e Comportamento capta a ideia de dispensar atenção ao modo como os seres humanos pensam (o processo mental) e como a história e o contexto da forma de pensamento (a influência da sociedade) podem melhorar a formulação e implementação de políticas de desenvolvimento e intervenções que focalizam as escolhas e as ações humanas (comportamento). Em outras palavras, a política de desenvolvimento precisa de uma reformulação baseada na consideração cuidadosa dos fatores humanos. Este relatório tem por objetivo integrar constatações recentes sobre fundamentos psicológicos e sociais do comportamento a fim de disponibilizá-los às comunidades de desenvolvimento para um uso mais sistemático tanto de pesquisadores como de profissionais. O relatório baseia-se em conclusões de muitas disciplinas, incluindo neurociência, ciência cognitiva, psicologia, economia comportamental, sociologia, ciência política e antropologia.” *In*: BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2015: Mente, sociedade e comportamento**. Washington, DC: Banco Mundial, 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: em 14 set. 2019. Os impactos desse relatório foram citados *In*: DATTA, S.; MULLAINATHAN, S. Behavioral Design: A New Approach to Development Policy. **Review of Income and Wealth**, 60, p. 7–35, 2014. e HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 654.

¹³JOLLS, C. *et al.* A Behavioral Approach to Law and Economics. *In*: SUSTEIN, C. R. (coord.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 46.

¹⁴THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**. London: Penguin, 2008. p. 94

¹⁵ÁVILA, F.; MENEGUÍN, F. B. A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas. *In*: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 213.

¹⁶Notoriamente o professor americano Cass Sustein, um dos mais proeminentes juristas americanos e cientista no âmbito da Economia e Direito Comportamental, ocupou entre 2009 e 2012 o White House

Horta¹⁷ cita dois momentos em que a Economia Comportamental protagonizou iniciativas formais de organismos internacionais com destacada importância no contexto do desenvolvimento socioeconômico. O primeiro exemplo consiste na produção de um relatório da Comissão Europeia, que reuniu experiências em 32 países acerca da aplicação de ciências comportamentais em políticas públicas, com destaque para iniciativas como proteção do consumidor, sustentabilidade e tributação.

O segundo momento refere-se a recente publicação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, que preparou uma coletânea de “129 iniciativas governamentais baseadas em *insights* comportamentais, adotadas em países de todos os continentes, em diversas áreas de política pública.”¹⁸ De lá para cá, a Economia Comportamental se apresentou como ramo da ciência como novas propostas para a formulação e aplicação de políticas públicas com baixo custo de implementação e alta eficiência.

Até a década de 90 do século passado, as descobertas da Economia Comportamental não tinham impacto sobre o sistema de regras jurídicas.¹⁹ Somente quando esse campo da economia passou a ser deliberadamente utilizado como mecanismo de influência e coordenação de comportamentos coletivos, significativa parcela de formuladores de políticas públicas passou a observar com mais atenção as possibilidades de manipular condutas mediante aplicação de incentivos

Office of Information and Regulatory Affairs - OIRA. Outros cientistas do comportamento têm contribuído para este desenvolvimento, tais como Richard Thaler, Christine Jolls, Alexander Korobkin, Thomas Ulen, Owen Jones ou Jonathan Baron, sendo este último inclusive responsável pela inovadora disciplina de Behavioral Law and Economics na Universidade da Pensilvânia em 2010.

¹⁷HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 656. O Relatório produzido pela Comissão Europeia está disponível em: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>. O relatório da OCDE está disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>. Em ambos documentos se nota a crescente expansão da economia comportamental aplicada às políticas públicas.

¹⁸HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário... p. 656.

¹⁹Segundo Ferreira, somente a partir da década de 80 do século passado, estudiosos da economia do comportamento se agruparam por meio da Society for the Advancement of Behavioral Economics – SABE e da Association for research in Economics Psychology (IAREP). No âmbito da IAERP congregaram-se psicólogos com interesse em economia, economistas experimentais, administradores, especialistas em teoria da informação, publicitários, pesquisadores e servidores públicos envolvidos com políticas econômicas. *In*: FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica**: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 68.

comportamentais.^{20 21}

Na doutrina americana, essa intersecção entre Direito, Economia e Psicologia ficou sacramentada como Direito e Economia Comportamental, em inglês *Behavioral Law & Economics*, muito em razão da coletânea organizada e editada por Sustain²², publicada com esse mesmo título em 2000. Não tardou para que instituições governamentais passassem a utilizar o ferramental da Economia Comportamental como um instrumento para atingir os objetivos sociais do bem-estar social.^{23 24 25}

²⁰Sobre o impacto do Direito e da Economia Comportamental ao redor do globo cf. WHITEHEAD, M. *et al.* Nudging all over the World, Assessing the Global Impact of the Behavioural Sciences on Public Policy. **Economic & Social Research Council**, Aberystwyth, p. 1-38, set. 2014. Para Charter, “o ator racional pode ser uma idealização útil em certos contextos de diretrizes. Mas as ciências comportamentais têm oferecido cada vez mais evidências de que o comportamento humano se distancia, de forma sistemática e significativa, dessas idealizações, e tem passado a oferecer perspectivas e ferramentas que podem ajudar no aprimoramento da criação e implementação de políticas públicas”. In: CHATER, N. **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 118. Em 2017, Gino analisou o panorama do crescimento da economia comportamental e sua implementação em organizações públicas e privadas, que alcançou o ápice do reconhecimento público com a concessão do Prêmio Nobel à Richard Thaler. Disponível em: <https://hbr.org/2017/10/the-rise-of-behavioral-economics-and-its-influence-on-organizations>. Acesso em: 31 jul. 2019. No mesmo sentido, sobre a ampliação mundial das práticas comportamentalistas ao redor do mundo cf. ARNS, V. M. B. Behavioral Law and Economics in Practice: Improving public policy, governments and regulations. **Revista de Direito Pública da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 219-235, jan./mar. 2018.

²¹Um panorama geral de aplicações da Economia Comportamental em políticas públicas pode também ser conferido em DATTA, S.; MULLAINATHAN, S. Behavioral Design: A New Approach to Development Policy. **Review of Income and Wealth**, 60, p. 7–35, 2014. MADRIAN, B. C. (2014). Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design. **Annual Review of Economics**, 6, p. 663-668, 2014. CHETTY, R. Behavioral Economics and Public Policy: A Pragmatic Perspective. **American Economic Review**, vol. 105, n. 5, p. 1-33, May, 2015.

²²SUSTEIN, C. R. (coord.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000. Cf. CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua Implementação. In: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (org.). São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

²³Em 2007, vale também mencionar a iniciativa da MacArthur Foundation Research Network, que reuniu aproximadamente quarenta neurocientistas, especialistas jurídicos e filósofos, dedicados a desenvolver pesquisas em duas grandes áreas convergentes da psicologia comportamental e direito: (1) responsabilidade criminal, previsão de comportamento criminoso e opções de tratamento, que inclui questões relativas à psicopatia e toxicodependência e, (2) o uso da neurociência na tomada de decisões legais. Os resultados dessa iniciativa podem ser consultados em: <http://www.lawneuro.org/>.

²⁴A primeira iniciativa de participação governamental em projetos de Economia Comportamental ocorreu no Governo Britânico, por meio da comissão de elaboração de políticas públicas comportamentais, denominado The Behavioral Insights Team (BIT) – um bureau de formulação de políticas públicas de baixo custo e de fácil adaptação a comunidade. Um dos seus objetivos é propiciar que “as pessoas façam melhor escolhas para elas mesmas”. HALPERN, D. **Inside the Nudge Unit**. Londres: Ebury Publishing, 2015. p. 38-58.

²⁵Para conferir a recente discussão sobre Políticas Públicas e Economia Comportamental na Colômbia cf. MONROY, Daniel. Nudges y Decisiones inconscientes: sesgo de status quo y políticas públicas em Colombia. **Revista Desafios**, Bogotá, v. 29, n. 1, p. 211-247, dez. 2016. Segundo o relatório MINDSPACE, divulgado pelo Cabinet Office e o Institute for Government da Inglaterra, diversas iniciativas estão em andamento para adaptar os mecanismos da Economia Comportamental ao longo dos últimos anos. Cf. DOLAN, P.; HALLSWORTH, M.; HALPERN, D.; KING, D.; VLAEV, I. **MINDSPACE: Influencing Behaviour through Public Policy**. Institute for Government and the Cabinet Office. 2010. Disponível em: <http://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/mindspace>. Acesso

Em suma, as propostas da economia comportamental para as políticas públicas tomadas naquele âmbito se relacionam como métodos de alteração dos comportamentos patrocinadas pelo planejador central, com vistas a modificação de condutas privadas, consideradas nocivas para o próprio indivíduo.

Antes, o que era considerada uma conduta inócua e, portanto, restrita à autonomia individual cujos reflexos são unicamente internos e subjetivos (fumar, alimentar-se excessivamente, superendividadamente etc.), hoje passaram a ser objeto de interferência governamental por meio da aplicação mecanismos dissuasórios.^{26 27}

Porém, o acolhimento de novas tecnologias de coordenação comportamental não passou pela clivagem do arcabouço normativo preexistente. Pouca, ou nenhuma filtragem tem sido realizada pelos operadores do Direito sobre incentivos neurocognitivos aplicados como estímulos em políticas comportamentais.²⁸

Isto significa reconhecer que a adoção deliberada da caixa de ferramentas da Economia Comportamental não foi, ainda, ponderada sob os critérios jurídicos que dirigem o Direito brasileiro.²⁹ Daí que o entusiasmo com a adoção da Economia Comportamental em políticas públicas exige melhor reflexão, ao menos no que se refere aos seus impactos sobre sistema normativo, especialmente suas garantias do exercício livre das opções individuais que não tem qualquer reflexo perante terceiros. Dentre os behavioristas um argumento que é comumente utilizado para defender a formatação de programas jurídico-políticos mediante uso de incentivos comportamentais remonta à justificativa de John Stuart Mill, em defesa da liberdade e

em: 21 set. 2018.

²⁶OLIVER, Adam. Assessing Social Care policy through a behavioral lens. **Mind & Society**, 17, p. 39-51, 2018. p. 41.

²⁷Para Posner, Cass Sustein e Richard Thaler buscam aproveitar conceitos do behaviorismo – aplicação da psicologia à economia – para refinar a análise econômica do direito, “a qual eles julgam limitada por seus compromissos com o pressuposto de que as pessoas são racionais.” POSNER critica contundemente as razões pelas quais a Economia Comportamental contesta o primado da racionalidade, pois confunde o modelo normativo baseado em racionalidade com descrição de fatos, o que de seu ponto de vista é um erro elementar. *In*: POSNER, R. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 319-320.

²⁸Ainda que de forma indireta, até o presente momento foram encontradas três pesquisas relacionadas à compatibilidade da Economia Comportamental o sistema normativo brasileiro, a saber: (1) KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013. (2) HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. (3) ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan./jul. 2016.

²⁹A observação sobre a escassa literatura científica acerca dos mecanismos de manipulação, tanto nas ciências do comportamento – aí incluído o Direito – está na obra recente de Cass Sustein, *cf.* SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 79.

do princípio do utilitarismo. Segundo Mill³⁰, as mais usuais formas de coerção vêm do aparato estatal, decorrentes do poder de polícia atribuído ao Estado para manter a ordem social. Tais formas de regulação não ofendem o princípio da liberdade individual, desde que tomadas com vista a evitar danos à terceiros (maior felicidade geral).

Esse chamado à reflexão se justifica pelo fato de inexistir, conforme já apontado por Bucci³¹, “correspondência ponto a ponto” entre instituições jurídicas, econômicas e o aparato de desenvolvimento de políticas públicas. Por isso os mecanismos de controle institucional devem buscar alinhamento aos objetivos políticos, jurídicos e econômicos de uma determinada agenda política.³²

Pode-se afirmar, sem embargos, que as políticas públicas colocadas em prática concretizam os valores sociais que se deseja estimular no ambiente social. Isso é uma característica elementar de qualquer sociedade política organizada.³³ Portanto, a política pública como resposta organizada do poder público às demandas sociais não pode ser formulada em desarmonia com o aparato jurídico que lhe dá sustentação. A sintonia interna exigida no processo de formulação de políticas públicas deve ser pensada de forma integrada e interdisciplinar.³⁴ Qualquer método

³⁰MILL, J. S. **Utilitarismo**. Trad. Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunter Books, 2014. p. 69.

³¹BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

³²Segundo Araújo, os anos 90 foram caracterizados por grandes reformas institucionais, que por sua vez buscaram minimizar pontos de dissenso, “com vistas a construir uma base a ser pactuada por todos” e promover a estabilidade em setores sensíveis como a seguridade social. *In*: ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan/jul. 2016.

³³Nesse sentido FRANCO, C. R.; MONTEMEZZO, F. P. O Lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. *In*: SALGADO, E. D.; GABARDO, E. (org). **Direito, Mercantilização e Justiça**. Curitiba: Ed UFPR, 2016. p. 100. SECCHI, L. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 112. CLÈVE, C. M. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 81-89, abr./jun. 1990; HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L.. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo**, v. 130, p. 38-45, 2011.

³⁴Cf. ALMEIDA, L. A.; GOMES, R. C.. Processo das políticas públicas: revisão de literatura, reflexões teóricas e apontamentos para futuras pesquisas. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 444-455, set. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000300444&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395164108>. Segundo Pamplona e Carvalho Junior, a participação popular no processo de elaboração de políticas públicas já estava prevista no texto da Agenda 21 Global, elaborada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), ocorrida na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992. *In*: CARVALHO JUNIOR, M. R.; PAMPLONA, D. A. As cidades e a participação democrática: possíveis inovações na política urbana brasileira no pós-1988. **DIREITO DA CIDADE**, v. 9, p. 78-102, 2017. Não há análise de políticas públicas sem considerar a questão da

jurídico de observação tomado isoladamente não dará conta de promover o alinhamento exigido para uma abordagem satisfatória sobre políticas públicas.

A análise desse conjunto de elementos sugere ainda mais rigor no trato do seu conteúdo, uma vez que ele é composto por elementos científicos de campos heterogêneos, como a própria Psicologia, o Direito e até a Neurociência.³⁵ É claro que esse desafio expõe um problema de análise do objeto. As políticas públicas refletem também essa característica heterogênea. São um conjunto de elementos e podem ser abordadas pelas mais diversas ferramentas analíticas, pelos mais variados ramos da ciência.³⁶

O obstáculo metodológico – como já exposto na introdução – é a multifacetada natureza epistemológica dos campos científicos que recortam o objeto analítico. Portanto, a barreira a ser superada exige corresponder, verificar, estabelecer os pontos de conexão entre as premissas da Economia Comportamental e o Direito, para então propor os limites de sua aplicação, se porventura o Direito brasileiro assim exigir.

É claro que a interdisciplinaridade ora mencionada não pode ser um obstáculo intransponível, pelo contrário. Corresponder ponto a ponto as similaridades entre distintos campos científicos permite traçar uma linha de desenvolvimento comum que, por outro lado, seria impossível realizar unicamente pela análise legalista das políticas públicas. Falta ao método dogmático os elementos necessários para analisar todos os aspectos que envolvem a tomada de posição no contexto dos incentivos públicos, o que torna a interdisciplinaridade uma exigência metodológica.³⁷ A observação

eficiência alocativa dos recursos públicos. Cf. DANIELE, A. L. W. S.; PAMPLONA, D. A. Programa Universidade para Todos (PROUNI): A eficácia da política pública de expansão do ensino superior no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** - UNIFAFIBE, v. 5, p. 34-67, 2017. p. 45.

³⁵A neurociência é o recorte científico da medicina e da psicologia que analisa como o cérebro e seus estímulos físicos e químicos se conectam com o comportamento consciente e inconsciente. Como os processos decisórios são causados por estímulos neurais, esse ramo da ciência tem influência direta sobre a Economia Comportamental e, conseqüentemente, sobre todos os mecanismos que podem traçar um plano de ação formal em face da ultimização de preferências. In: SOUSA, C. E. B. Neurociência da Racionalidade versus Racionalidade da Neurociência: uma Análise Crítica a partir da Filosofia das Neurociências. **Ciências & Cognição**, v. 19, n. 3, p. 393-415, 2014. p. 393.

³⁶FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21. p. 211-260, jun. 2000. p. 242.

³⁷O conhecimento das teorias dos incentivos e a apropriação pelos juristas dos métodos de desenho de mecanismos comportamentais é fundamental para qualquer discussão sobre a eficácia da lei e do sistema normativo, tanto no contexto público quanto privado. Cf. FLORIANI, L. B. R.; RIBEIRO, M. C. P. Teoria do desenho de mecanismos: uma proposta de aplicação aos contratos incompletos. **Revista da Faculdade Mineira De Direito**, v. 20, p. 215-244, 2018. Cf. BOWLES, S. **The moral economy, why good incentives are no substitute for good citizens**. New York: Yale University Press, 2016. p. 151. Cf. HANSON, J. D.; KYSAR, D. A. Taking behavioralism seriously: some evidence of the problem of market manipulation. **Harvard Law Review**, v. 112, p. 1420-1572, maio 1999. Cf. OLIVEIRA, A. F.;

científica do positivismo dogmático não pode compreender a totalidade do problema da lei e seus efeitos como incentivos neurocomportamentais.³⁸ Por exemplo, a metodologia dogmática nunca poderá informar o cientista sobre a eficácia de um incentivo cognitivo aplicado à política pública.³⁹

A crítica direcionada à Teoria do Direito de cunho positivista consiste, portanto, na sua incapacidade de analisar o “impacto efetivo em relação aos destinatários”.⁴⁰ Gicco Júnior⁴¹ faz idêntica apreciação sobre a incapacidade analítica do neoconstitucionalismo em apresentar o real impacto dos arranjos normativos na realidade empírica, por ausência de instrumentos nesse sentido, relegando essa tarefa a outros campos da ciência que não dialogam com o Direito. Por isso a abordagem metodológica é necessariamente interdisciplinar, o que permite, ao mesmo tempo, “acomodar deveres legais, demandas sociais e limitações econômicas”, como aduz Bucci.⁴²

No contexto brasileiro, essa abordagem analítica sobre o papel dos incentivos e sua relação com o Direito é, sobremaneira, estimulada pelo próprio contexto normativo. A Constituição Federal refletiu essa simbiose de valores jurídicos, políticos e econômicos dentro do mesmo diploma normativo. Sua natureza analítica colocou lado a lado elementos característicos do Estado social com o Estado liberal, do livre

CASTRO, B. B. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, p. 231-249, maio/jun. 2014.

³⁸Quando o olhar do jurista se desloca do fenômeno do direito posto, em que foi enclausurado pelo positivismo, em seu esforço de desprender aquilo que considerava o aspecto intrinsecamente jurídico do direito – as normas – das questões políticas, sociais, além da moral e da própria justiça, e pretende ocupar-se do processo de criação e formação do direito, percebe que são pobres as categorias tanto para análise como para construção das normas e arranjos institucionais, especialmente no campo da teoria geral do direito, que auxiliem a compreensão sobre como se dá o encontro entre direito e a política no processo de elaboração de normas, legislativas, administrativas e até mesmo judiciais ou quase judiciais, como é o caso das decisões das cortes de contas, entre outras. *In*: BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 4368.

³⁹Em tradução do autor de trecho da obra de Karl Renner, Bucci informa que as instituições jurídicas falham em não prever seus efeitos extrajurídicos, como a (in)eficácia social da legislação. *In*: BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁴⁰CASTRO, M. T. B.; MELLO, M. T. L. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, jun 2017. p. 12.

⁴¹GICO JUNIOR, I. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jun. 2010.

⁴²BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

mercado e do intervencionismo estatal, da autonomia privada e da tutela do Estado.⁴³

Em face das múltiplas influências que se entrecortam para tratar das escolhas individuais no ambiente social, compete à Administração Pública estabelecer um conjunto de planos e programas de atuação voltados à interferência no domínio privado, com diretrizes e metas a serem alcançadas de forma transparente e objetiva.⁴⁴

Tecnicamente, dar contornos jurídicos aos anseios sociais foi a forma encontrada pela Constituição Federal para pautar a atuação política estatal pelas regras jurídicas.⁴⁵ Entretanto, antes mesmo de analisar o delicado equilíbrio de valores metajurídicos da Constituição Federal – e sua realização prática – é necessário trazer em cotejo o fundamento político-jurídico que confere às políticas públicas a missão de aumentar ou acrescer os níveis de bem-estar da sociedade brasileira.⁴⁶

A incumbência de acrescer níveis de bem-estar legada pela Constituição Federal compõe o fundamento jurídico da aplicação de políticas sociais que, por sua vez, buscam melhorias nas condições de vida da sociedade. Esse é o substrato jurídico que dá às políticas comportamentalistas legalidade e legitimidade para serem colocadas em prática pelo planejador central. De forma preambular, a Constituição Federal reconheceu expressamente que a instituição do Estado democrático brasileiro tem por destino garantir o bem-estar ao lado de outros direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

A missão constitucional de garantia do bem-estar, contudo, não repousa sobre o domínio do direito, mas no domínio da política.⁴⁷ Compete ao plano político criar o

⁴³SILVA, J. A. **O Constitucionalismo brasileiro – evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 457.

⁴⁴SILVA, F. R. **Políticas Públicas e a Efetividade das Normas Constitucionais**. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 70.

⁴⁵NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 65.

⁴⁶Sobre a importação acrítica da Análise Econômica do Direito é também mencionado em PINHEIRO DE SANTANA, P. V. Análise Econômica do Direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**, v. 6, n. 1, 156-179, jul. 2014. p. 173. Citando Mark Kelman, Rafael Zanata que os críticos sugerem – dentre estes Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy – que a escola de Chicago encobertava forte caráter ideológico de direita *In*: ZANATTA, R. A. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília**, v. 10, p. 25-53, 2012. p. 13. De forma similar, Paula Andrea Forgioni sugere a ideia de um “mercado simulado”, estimulado pela Análise Econômica do Direito e a serviço unicamente dos interesses do mercado capitalista *In*: FORGIONI, P. A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *In*: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. (orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 428. MILLARD, E.; HEINEN, L. A análise econômica do direito: Um Olhar empirista crítico. **Economic Analysis of Law Review**, Universidade Católica de Brasília, v. 9, n. 1, p. 277-284, jan./abr. 2018. p.283.

⁴⁷A força normativa do preâmbulo da Constituição Federal foi debatida no âmbito da Ação Direta de

ambiente necessário para o acréscimo dos níveis de bem-estar com aplicação de mecanismos que garantam o desenvolvimento econômico. Logo, o conjunto institucional com habilidade para agregar instrumentos adequados para essa finalidade são as políticas públicas.

A consequência dessa ação demonstra o crescente interesse dos juristas, especialmente no cenário nacional, para compatibilizar políticas públicas com o conjunto de regras e procedimentos jurídicos. Para Bucci⁴⁸, existe um atrelamento entre os temas tradicionalmente vinculados aos domínios da política, regras do direito e contingências econômicas e sociais.

Essa conexão, estabelecida por uma vinculação transversal entres esses distintos campos de observação é mediada pelas políticas públicas. Elas refletem o plano ação do grupo político democraticamente escolhido, que colocará em prática o programa de governo. Todavia, este plano de ação deve estar vinculado às regras do jogo previamente fixada nos cânones legais.

Mesmo uma proposta demasiadamente aberta, como o acréscimo de bem-estar proposto pela Constituição Federal, deve estar moldada pelos limites da atuação do Estado e, portanto, balizada por outros elementos jurídicos que compõem o conjunto de regras que definem sua atuação prática no âmbito social. A falta de definição objetiva da noção de bem-estar deve ser complementada por indicadores específicos, aferíveis por condicionantes claras e metas bem estabelecidas.

Não obstante isso, o metaprincípio constitucional do bem-estar exige uma abordagem cautelosa. O bem-estar constitucional, mencionado no preâmbulo da Constituição Federal, sugere um âmbito de aplicação completamente diferente dos direitos sociais e individuais. Estes dois grupos de direito apresentam campos distintos de aplicação, com regras próprias e bem definidas no texto constitucional, com força normativa e procedimental relativamente bem determinados.

Idêntica disciplina não pode ser observada no tratamento normativo do princípio do bem-estar.⁴⁹ Tampouco pode se afirmar que o direito ao bem-estar tenha

Inconstitucionalidade n. 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgada em 15 de agosto de 2002.

⁴⁸BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 3329. Pode se afirmar que tal preocupação decorre do problema do controle constitucional de políticas públicas, como afirmou seminalmente Fabio Konder Comparato *In: COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELO, C. A. B. (org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo, Malheiros, 1997. v. 2, p. 353.

⁴⁹A aplicabilidade do princípio do bem-estar, sua abrangência e tratamento jurídico e político serão abordados na Seção 2.

idêntica aplicabilidade dos direitos sociais previstos de forma analítica no bojo da Constituição Federal.

Portanto, a busca de melhores parâmetros de bem-estar social encontra no Direito e Economia Comportamental mecanismos de ação muito diferentes das clássicas ações prestacionais do Estado Social.⁵⁰ Pode-se admitir, inclusive, que a fluidez da carga axiológica da noção de bem-estar amplia demasiadamente a liberdade de ação política.⁵¹

Essa constatação não tem ambição de denotar reprovação às diversas formas de executar programas políticos com vistas ao incremento do bem-estar geral da população, ao contrário. Do ponto de vista institucional, a variabilidade de temas e de campos de aplicação que comportam mecanismos próprios da Economia Comportamental torna o exercício de desenhar soluções públicas um processo criativo e complexo.

Todavia, a identificação dos limites de sua utilização é um exercício notadamente de natureza jurídica, uma vez que as liberdades públicas individuais são ainda valores fundamentais na cultura jurídica ocidental. É nesse vácuo normativo sobre o conceito próprio de bem-estar – e sua justificação política – que o Direito brasileiro e a Economia Comportamental encontram um terreno livre para aplicação de suas ferramentas e tecnologias.⁵² Esse quadro em branco, que permite o desenho de estruturas para aumentar níveis de bem-estar no ambiente social, precisa ser melhor definido.

Conforme se verá adiante, as metas sugeridas pelo planejador central com vistas a realização das propostas constitucionais, não significam a concessão de uma carta-branca para uma atuação livre e desimpedida por parte do Estado. Dado que a proposta da Economia Comportamental é uma alteração sensível em relação ao

⁵⁰ÀVILA, F.; MENEGUIN, F. B. **A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas**. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (org.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 210.

⁵¹Para Franco e Montemezzo, a Constituição da República não exauriu as formas de realização dos direitos fundamentais, o que permite maior atuação de grupos de interesse no processo de construção de políticas públicas. FRANCO, C. R.; MONTEMEZZO, F. P. O Lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. In: SALGADO, E. D.; GABARDO, E. (orgs). **Direito, Mercantilização e Justiça**. Curitiba: Ed UFPR, 2016. p. 100. SECCHI, L. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 101.

⁵²Invariavelmente, a aplicação da economia comportamental em políticas públicas está conectada ao aumento das condições de bem-estar social. Cf. BARCELLOS, A. P. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, ago./2018. p. 262.

paradigma de controle social, uma vez que prioriza as possibilidades de influenciar e manipular comportamentos, ao invés de coagir e obrigar os destinatários da norma, mostra-se necessário compatibilizar essa nova proposta com as relações de subordinação jurídica tradicionais.⁵³

Essa modificação sutil na forma de coordenar os comportamentos não prescinde do aparato tradicional de elementos administrativos e burocráticos para fazer valer suas proposições. O arcabouço normativo que envolve a aplicação da Economia Comportamental em políticas públicas mantém características do regime jurídico de Direito Público em seu aspecto fundamental.

Não obstante isso, a Economia Comportamental apresenta três frentes de atuação junto às políticas públicas: (i) como suporte de novos instrumentos de aplicação, (ii) como diagnóstico preditivo dos comportamentos e, por fim, (iii) como mecanismo gerador de bem-estar.⁵⁴ Para a finalidade desta pesquisa é importante analisar como os novos instrumentos comportamentais se agrupam às políticas públicas de bem-estar, ou melhor, como esse ferramental apresenta o suporte procedimental de políticas públicas de bem-estar.

Em síntese, pode-se afirmar que se trata de uma análise positiva do suporte de políticas públicas considerando o Direito brasileiro contemporâneo.⁵⁵ Sem embargos, pode-se afirmar que essa intersecção é mediada pelas políticas públicas.⁵⁶

⁵³Jolls *et al* afirmam que a perspectiva da Análise Econômica do Direito Comportamental propõe a utilização de ferramentas de persuasão testadas em bases empíricas, e não proposições apriorísticas, uma vez que não existe qualquer evidência de que as pessoas se comportam para maximizar seus interesses *In: JOLLS, C. et al. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: SUSTEIN, C. R. (coord.). Behavioral Law & Economics. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 49*

⁵⁴CHETTY, R. Behavioral Economics and Public Policy: a pragmatic perspective. **American Economic Review**, v. 105, n. 5, p. 1-33, maio, 2015.

⁵⁵Necessário pontuar a diferença de conceitos propriamente econômicos dos conceitos similares no âmbito do direito. Para a economia, uma análise positiva é unicamente ontológica e descritiva, ao passo que a análise normativa é prescritiva, deontológica. A diferença fundamental entre as duas análises restringe-se ao método de verificação e validade de suas proposições. Ao passo que no método positivo o exame da validade é a verificação das evidências, o método normativo exige uma ponderação moral sobre a validade das suas proposições. *In: MANKIWI, G. N. Introdução à Economia. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 26. Outros livros de natureza introdutória também fazem essa análise. Cf. RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (coords.) O que é análise econômica do Direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 20. Cf. RODRIGUES, V. Análise Econômica do Direito. Coimbra: Almedina, 2007. p. 12. Alguns artigos nesse sentido também são importantes para notar a diferença de métodos jurídicos econômicos nesse sentido cf. SALAMA, B. M. O que é "Direito e Economia" *In: TIMM, L. B. (org.). Direito & Economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-59. Cf. COOTER, R. Law and Imperialism of Economics: An introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. UCLA Law Review, v. 29, p. 1260-1269, 1982. p. 1260. Cf. OGUS, A. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. Chicago Kent Law Review, v. 79, n. 2, p. 383-401, 2004. p. 383.**

⁵⁶BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out.

Segundo Sustain⁵⁷, esse novo arranjo regulador – no caso, a interface dos mecanismos de influência da Economia Comportamental com as regras do Direito – sugere trazer à tona questões que envolvem a ordem ética e política da aplicação de incentivos por parte do Estado. Logo, a decisão governamental tomada no núcleo de ação do poder público, mediada pelos arranjos institucionais de construção de políticas públicas, apresenta uma intersecção ainda obscura com os demais processos jurídico-institucionais. Não obstante, a adaptação da Economia Comportamental ao Direito brasileiro, mediada logicamente pelos processos de construção de políticas públicas, levanta uma série de questionamentos de ordem prioritariamente jurídica.⁵⁸

Para Bucci⁵⁹ a abordagem das políticas públicas pelo Direito exige um método próprio, dado a incapacidade do sistema jurídico exaurir todas as implicações do tema pela vertente normativa. Segunda a autora, essa abertura interdisciplinar provoca a incorporação semântica de novos termos, como “arquitetura institucional” ou “engenharia institucional”, processo pelo qual “são feitos os edifícios institucionais” e seus “componentes jurídicos”. É preciso “abrir a caixa-preta”, como sugere Bucci.⁶⁰

Ao menos na doutrina nacional, essa preocupação sobre a natureza normativa de programas políticos não é recente.⁶¹ A discussão que se travou sobre os aspectos jurídicos dos planejamentos econômicos pós 2ª Grande Guerra guarda peculiar similitude com as questões de fundo desta pesquisa.⁶² Naquela altura, as

2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. Mesma reflexão a Autora faz *in*: BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267.

⁵⁷O problema ético sobre a aplicabilidade da Economia Comportamental e sua conformação jurídica tem sido objeto de estudos de Cass Sustain. Esse problema será abordado no item 1.1.2. *Cf.* SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017.

⁵⁸*Cf.* SUSTEIN, C. Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations. **Yale Journal on Regulation**, forthcoming, ju. 2015. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Sunstein_809.pdf.

⁵⁹BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. Mesma reflexão a Autora faz *in*: BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267.

⁶⁰BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas... abr. 2019.

⁶¹Para Francesco Parisi, apesar dos avanços analíticos da Economia, a avaliação dos sistemas jurídicos pelos economistas ainda apresenta um aspecto limitado, *in*: PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, p.259-272, dez. 2004. p. 263. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-22. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=586641>.

⁶²*Cf.* GRAU, E. R. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

interferências políticas que conferiam aos planejamentos econômicos forma e conteúdo buscavam normatizar suas proposições, ou seja, dar legitimidade jurídica aos planos tomados unicamente na arena política. Isso não seria possível sem atribuir aos planos econômicos adequado conteúdo jurídico. Esse é o motivo pelo qual planos de ação governamental atraem atenção da comunidade jurídica, especialmente as questões relativas à natureza jurídica dos planos econômicos de recuperação pós-guerra. Segundo Washington Peluso Albino de Souza⁶³:

Se a parte econômica, ou qualquer outra manifestação técnica de um plano, exige conhecimento especializado e conteúdo científico seguro, não acontece de modo diferente com a elaboração legal que, de seu lado, jamais dispensaria conhecimento de ciência do Direito, de técnica jurídica e de técnica de legislação para que os objetivos pretendidos encontrem expressão corrente nos diplomas legais que deverão institucionalizá-los. O que, habitualmente, se presencia, neste particular – continua – é a improvisação levando a textos legais dúbios, inseguros, mal preparados e que acabam por tumultuar a própria efetivação dos planos.

Portanto, a integração entre o Direito e Economia Comportamental pode ser justificada pela busca de uma conformação jurídica, um conjunto de critérios normativos que permitam aplicar métodos juridicamente válidos, com o objetivo de evitar tragédias sociais provocadas pelo “espírito animal” dos agentes econômicos.⁶⁴

Sabe-se que um dos objetivos do Estado de Bem-estar Social contempla o papel do planejador central como ente regulador, por isso a função do Estado tem relação direta com o comportamento dos agentes econômicos no ambiente social. Agir de acordo com os incentivos gerados pelo Poder Público revela nada mais do que um processo pelo qual uma organização ou indivíduo busca maximizar a função utilidade pelo ajustamento deliberado e consciente dos meios e fins.⁶⁵

As análises realizadas pelo método behaviorista partem do pressuposto que as pessoas não agem conscientemente, daí que as escolhas sociais devem se ajustar a

⁶³SOUZA, W. P. A. **Direito Econômico e Economia Política**. Belo Horizonte: Prisma Cultural, 1970. v.2. p. 290.

⁶⁴A expressão “espírito animal” é comumente atribuída à John Maynard Keynes, para descrever as emoções que influenciam o comportamento humano. Cf. AKERLOFF, G.; SHILLER, R. **O espírito Animal**. Elsevier, 2009.

⁶⁵RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 68.

um padrão jurídico que evite decisões não ótimas.⁶⁶ Segundo Gigerenzer⁶⁷, “uma solução para determinado problema é considerada ótima se pode-se provar que não existe solução melhor”.

Com esse propósito, a intervenção estatal pressupõe que comportamentos erráticos podem ser corrigidos por meio da coordenação de comportamentos e seus suportes jurídicos. Condutas anticompetitivas provocadas por vieses de seleção, comportamento de manada em mercados de ativos, utilização irracional de bens comuns – levando à escassez de recursos ambientais –, são apenas alguns exemplos nos quais o Estado interventor pode ser chamado a evitar conflitos decorrentes de comportamentos predatórios. Nesse contexto que a finalidade intervencionista do Estado busca o objetivo de manejar os melhores incentivos comportamentais, para evitar que os agentes econômicos sejam vítimas de suas próprias escolhas.⁶⁸ Isso não seria possível sem antes superar o paradigma da racionalidade do agente econômico.

Nesse sentido, e mediante comprovações empíricas, a Economia Comportamental vem se destacando ao traduzir cientificamente os impulsos inconscientes das pessoas. A forma como as pessoas se prostram diante dos incentivos – e seus influxos recíprocos diante da lei – tornou a *Behavioural Law and Economics* uma área de estudos de alta relevância.⁶⁹

Por tal razão, o aspecto paternalista da ação governamental, segundo os behavioristas, permite conduzir o agente econômico a tomar decisões mais eficientes, com maior disponibilidade de informações, e menos suscetíveis às armadilhas mentais influenciadas por vieses e heurísticas.⁷⁰

⁶⁶Uma decisão não ótima tem seu conceito extraído da Análise Econômica do Direito, no caso uma decisão de impacto jurídico que não obtém os máximos benefícios que poderiam advir se os recursos fossem empregados de maneira mais eficiente para a mesma situação. Enquanto a premissa tradicional da racionalidade forte do agente econômico é um pilar fundamental da Análise Econômica do Direito; no Direito e Economia Comportamental o pressuposto fundamental estaria firmado na ausência de racionalidade dos agentes econômicos, o que por sua vez teria a condição de apurar os fenômenos da realidade com mais acuidade do que a primeira escola de pensamento. *In*: SHEFFRIN, S. M. Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics, *OEconomia*, v. 7, n. 3, p. 331-352, 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/oeconomia/2640>.

⁶⁷GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009. p. 107.

⁶⁸CÁRDENAS, J. C. Groups, Commons and Regulations: experiments with Villagers and Students in Colombia. *In*: AGARWAL, B.; VERCELLI, A. (eds.). **Psychology, Rationality and Economic Behavior**. New York: Palgrave MacMillan, 2005. p. 241

⁶⁹ARAÚJO, F. **Análise Econômica do Direito**: programa e guia de estudo. Lisboa: Almedina, 2008. p. 37.

⁷⁰HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. No mesmo sentido, Daura afirma que “com o contínuo desenvolvimento da Economia Comportamental, atualmente, os pesquisadores têm

Não se pode afirmar, contudo, que a capacidade instintiva de reagir diante das escolhas apresente somente aspectos negativos.⁷¹ Como exemplo, Gigerenzer reconhece no poder intuitivo o mesmo papel que o instituto de sobrevivência tem no mundo animal não humano.⁷² A intuição como mecanismo decisório tem a característica de surgir espontaneamente de forma rápida, de maneira que as razões essenciais de seu surgimento não são imediatamente reconhecidas, não obstante suficientes para embasar a tomada de decisão.⁷³

A heurística assim entendida é fruto de um processo de aptidão evolutiva do próprio cérebro, num processo de condensação de todas as experiências acumuladas pela humanidade sobre situações que apresentam condições similares.⁷⁴ Para Gigerenzer, “a mente, nesse sentido, pode ser vista como uma caixa de ferramentas adaptativa, repleta de pequenas ações empíricas criadas e transmitidas genética, cultural e individualmente.”⁷⁵ Essa caixa de ferramentas – compostas por elementos de natureza adaptativa – sintetiza o conceito de heurística de Gigerenzer.⁷⁶ A abordagem adaptativa dos métodos heurísticos significa analisar tanto o funcionamento do cérebro e suas características cognitivas, quanto ao meio em que tal abordagem foi aplicada, em termos históricos e culturais.⁷⁷ Por isso seu predicado fundamental é a integração entre o homem e seu meio.⁷⁸

A arquitetura de incentivos, nesse sentido, utilizada como componente do sistema de regras jurídicas, se revelou uma alternativa indispensável para adequar as propostas políticas no campo social.⁷⁹ Por via dessa nova proposta metodológica de coordenação coletiva dos comportamentos, concede-se ao indivíduo maior capacidade de escolha, eis que poderá decidir mais claramente entre as

identificado novas maneiras de evitar a procrastinação e a inércia, elementos que estão presentes na força de vontade limitada. Nesse sentido, a conceptualização da arquitetura da escolha com os chamados defaults, temática desenvolvida por Cass Sunstein e Richard Thaler, tem ganhado destaque enquanto referencial para a elaboração de políticas públicas mais eficientes.” In: DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 584.

⁷¹Cf. GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

⁷²GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 19.

⁷³GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 29.

⁷⁴GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 31.

⁷⁵GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 32.

⁷⁶GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 55.

⁷⁷GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 65.

⁷⁸GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 66.

⁷⁹Argumento igualmente defendido em THALLER, R.; SUSTEIN, C. R. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. Chicago, **University of Chicago Public Law & Legal**, Chicago, Theory Working Paper n. 43, 2003. p. 9.

possibilidades que se lhe apresentam, sobretudo quando identificadas as limitações cognitivas às quais está submetido. Esse clareamento das escolhas serve, sobretudo, para descobrir as causas que desviam os agentes econômicos das melhores escolhas.⁸⁰

São vastos os exemplos utilizados para sustentar a aplicação do behaviorismo em programas políticos ligados a promoção do bem-estar. Veja-se, por exemplo, as opções que envolvem questões como poupança e aposentadoria. O excesso de otimismo em relação ao futuro, aliado à baixa capacidade de contenção do consumo imediato, impacta significativamente sobre índices de engajamento em planos de previdência.⁸¹

Nesses casos específicos, os indivíduos apresentam severas dificuldades com o planejamento – e suas projeções – ao longo do tempo. Por influência de uma perspectiva míope em relação ao futuro (viés de miopia) os indivíduos são dissuadidos de poupar para a senescência. Entretanto, quando atingem o momento da aposentadoria, o rendimento previdenciário se mostra insuficiente para manter o mesmo nível de vida que gozavam quando em plena atividade econômica, o que leva muitos idosos a prorrogar o retiro programado pelo sistema público de previdência.⁸² No mesmo sentido, Elster adverte⁸³:

Quando as pessoas planejam seu comportamento de antemão, costumam descontar o bem-estar futuro por um valor presente menor. Quando se veem diante de opções cujos efeitos sobre o bem-estar serão sentidos em vários momentos no futuro, escolhem aquela para a qual a soma dos valores presentes desses efeitos é a maior.

A Economia Comportamental amplifica o campo de de influencia (*nudging*)

⁸⁰SUSTEIN, C. **Why Nudge?** The Politics of Libertarian Paternalism. Londres: Yale University Press, 2012. p. 163.

⁸¹BENARTZI, S.; THALER, R. Heuristics and Biases in Retirement Savings Behavior. **Journal of Economic Perspectives**, v. 21, n. 3, p. 81-104, verão, 2007.

⁸²ÁVILA, F.; MENEGUIN, F. B. A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 214. Cf. MADRIAN, B. C.; SHEA, D.F. The power of suggestion: inertia in 401(k) participation and savings behavior. **The Quarterly Journal of Economics**, v. CXVI, n. 4, p. 149-377, nov. 2001. p. 149–187.

⁸³ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2000. p. 41.

pra a correção dos comportamento dos agentes limitadamente racionais.⁸⁴ ⁸⁵ Ao permitir que os agentes econômicos tomem a melhor decisão num contexto de incertezas, o behaviorismo parte do pressuposto que as pessoas, quando bem informadas, são inicialmente dispostas a contribuir para o bem público e individual, ou seja, os agentes são naturalmente altruístas e esperam contribuições recíprocas de outras pessoas.⁸⁶

No Brasil, apesar da pouca utilização da economia comportamental na formulação de políticas públicas, conforme informam Ávila e Meneguín⁸⁷, algumas proposições nesse sentido já puderam ser notadas, como a discussão sobre Medida Provisória n. 676, de 2015, que incluiu mecanismos de opção pré-selecionada (*option default*) no plano de previdência dos servidores públicos e que foi convertida na Lei n.º 13.183 de 2015.⁸⁸

Em comunhão ao Direito Público, a análise econômica comportamental visa a diminuir a assimetria de informações para que o indivíduo tome a decisão de forma menos enviesada, cujo resultado amplia a rede de benefícios que de outra forma não estariam disponíveis ao indivíduo em condições ideais.⁸⁹ Identificar os caminhos pelos quais esse debate tomou forma, especialmente por meio da análise histórica do pensamento econômico e social, facilita o entendimento sobre o plano geral em que se situa a teoria econômica behaviorista. Cumpre também compreender o processo de sua aplicação nas políticas públicas dos mais variados setores.⁹⁰

⁸⁴MURAMATSU, R.; FONSECA, P. **Freedom of Choice in a World of Boundedly Rational Agents**. Remarks about the light paternalistic policy implications of behavioral economics. Disponível em: http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco_archivos/trabajos_XV_archivos/Muramatsu%20y%20Fonseca%20-%20Freedom%20of%20Choice%20in%20a%20World%20of%20Bounded.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018.

⁸⁵Cf. KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, p. 1138-1144, 2000.

⁸⁶KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, p. 1138-1144, 2000.

⁸⁷ÁVILA, F.; MENEGUÍN, F. B. A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 218.

⁸⁸Artigo 4º [...]

§ 2º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício."

⁸⁹THALER, R. H. **Misbehaving: the making of Behavioral Economics**. New York: Norton & Company, 2015. p. 323.

⁹⁰Cf. WHITEHEAD, M. *et al.* Nudging all over the World, Assessing the Global Impact of the Behavioural Sciences on Public Policy. **Economic & Social Research Council**, Aberystwyth, p. 1-38, set. 2014.

2.1 A ESCOLHA RACIONAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Ao se tratar de políticas públicas é indispensável elucidar pontos cardeais que tornam as instituições um bloco contíguo de ações destinadas a resolver os problemas sociais. Esse bloco de atos formais e não formais, políticos e jurídicos, permite evidenciar os pilares sobre os quais são construídas as ações do Estado e como ele encara os problemas sociais que se propõe enfrentar.⁹¹

Para Bucci⁹² uma abordagem possível para análise jurídica de políticas públicas é “identificar noções ou abordagens comuns em relação aos ramos de conhecimentos envolvidos, buscando estabelecer correspondências epistemológicas”. Nesse sentido, um paralelismo útil para identificar padrões de modelagem das instituições, bem como sua influência no sistema jurídico, é a Escola da Escolha Racional e sua evolução teórica científica.⁹³

Dentre as ciências humanas do comportamento, o entendimento acerca dos processos decisórios dos indivíduos é mapeado pelo desenvolvimento histórico da própria ciência econômica, que percorreu importante trajetória teórica de debates sobre o processo de formação das escolhas humanas. Não se compreende o processo evolutivo da teoria da racionalidade sem antes mapear esse importante roteiro histórico.⁹⁴

A ciência econômica se apresentou nas últimas décadas do século XX como

⁹¹Uma versão preliminar sobre o assunto tratado neste tópico foi publicada *in*: DOMINGUES, V. H.; RIBEIRO, M. C. P. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-471, ago. 2018.

⁹²“Das correntes neo-institucionalistas destacadas, essa é a mais próxima da tradição behaviorista, na medida em que dá grande ênfase ao cálculo individual no processo de tomada de decisões. A noção de custo de informação e custo de transação, no entanto, demonstram a presença do componente institucional no processo decisório.” *In*: BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁹³A elaboração de uma teoria geral da escolha racional é atribuída ao conjunto de formulações de William Stanley Jevons e sua contestação sobre a origem do valor. Para Jevons, a tendência inevitável da natureza humana é escolher aquilo que aparentemente ofereça maior vantajosidade e não o custo da mão-de-obra: “Diferentemente, eu mostro que temos somente de escrever cuidadosamente as leis naturais da variação da utilidade, como dependendo das quantidades de nossas posses, para chegar a uma teoria de troca satisfatória, das quais as leis comuns de oferta e demanda sejam consequências necessárias.” *In*: JEVONS, W. S. **The Theory of political economy**. 3. ed. Londres: Mcillan, 1888. p. 1.

⁹⁴KOROBKIN, R. B.; ULEN, T. S. Law and Behavioral Science: Removing Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, p. 1.060-1066, 2000.

instrumento político hábil para desvendar o enigma da criação da riqueza.⁹⁵ A história do pensamento econômico está repleta de vertentes e teorias que seguiram por diferentes caminhos para solucionar o problema da alocação de recursos em uma sociedade de bens escassos.⁹⁶

Do interesse de Marshall⁹⁷ em desvendar as causas da pobreza, até os recentes escritos de Sen⁹⁸, ao defender a plena liberdade individual de escolha como sinônimo de desenvolvimento econômico, a ciência econômica sempre se encarregou de questões subjetivas do comportamento, característica elementar das ciências humanas. Alfred Marshall, por exemplo, foi reconhecidamente o economista mais importante de sua época. Embora exímio matemático, demonstrava elevado grau de ceticismo sobre o valor geral da matemática na análise econômica, inclusive manifestado em memórias, notória aversão a utilização da matemática como um fim em si.

A partir do reconhecimento unânime de que os recursos são escassos, a ciência econômica assumiu a missão de promover o melhor aproveitamento social dos bens econômicos. Não há como dissociar a ideia de eficiência econômica da Escola Marginalista da primeira metade do Século XX. Seu pressuposto é o comportamento econômico racional, e a ênfase é o processo de tomada de decisões individuais como mecanismo de alocação eficiente de recursos no sistema trocas voluntárias. A fonte teórica é a utilidade geral de Bentham⁹⁹, cuja premissa assenta no controle das ações humanas voltadas buscar a utilidade e evitar a “desutilidade”. Para o Bentham¹⁰⁰:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.

⁹⁵As subdivisões teóricas são sentidas inclusive no âmbito da Análise Econômica do Direito. PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, p.259-272, dez. 2004. p. 263. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-22. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=586641>.

⁹⁶Cf. MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan.-mar. 2009.

⁹⁷BRUE, S. L. **História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learnign. p. 214.

⁹⁸Cf. SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

⁹⁹BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad, Luiz João Baraúna. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹⁰⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação...** p. 4.

Como a busca pela felicidade não se realiza em um ambiente de plena disposição de recursos, as escolhas humanas são levadas à efeito em vista da máxima utilidade possível em vista de uma disponibilidade limitada de recursos. Concretizava-se então o fundamento epistemológico que ficou conhecido como eficiência econômica.¹⁰¹ Tal constatação só foi possível pela construção das teorias explicativas acerca das escolhas humanas, especialmente sobre onde, quando e como se realizam as trocas e produções voluntárias, necessárias à sobrevivência individual e comunitária.

Nesse contexto, o pressuposto da racionalidade das escolhas se apresentou como pilar fundamental da Política Econômica do século passado.¹⁰² Para compreender o fenômeno das escolhas individuais, a premissa principal das teorias econômicas sobre a produção e consumo pressupôs a invariabilidade da razão humana.¹⁰³ Assim como as pessoas estão submetidas às trocas diárias num ambiente de livre escolha, os governos e planejadores centrais também enfrentam *trade-offs* ao tomar decisões de natureza política. Em ciência econômica qualquer política pública é avaliada segundo ganhos e perdas associados a qualquer acontecimento que altere a voluntariedade dos agentes privados. Daí que o modelo de oferta e demanda fornece a informação necessária para conduzir esse tipo de análise, o que compreende a adoção irrestrita dos pressupostos da teoria da racionalidade econômica.¹⁰⁴

Isto significa reconhecer também que a premissa da teoria da escolha racional baseava-se na consideração de que as opções humanas se realizavam sobre

¹⁰¹Assunto de altíssima relevância que, no entanto, escapa ao objeto desta pesquisa é a origem ideológica do conceito de eficiência inserido na Constituição Federal, sobre esse assunto cf. GABARDO, E. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. *In*: HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (orgs.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Curitiba: Íthala, 2016. v. 1, p. 207-216. Cf. HACHEM, D. W.r. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. Cf. SALAMA, B. M.. **Estudos em Direito & Economia**. Curitiba, 2017. p. 14 Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/. Cf. COPETTI NETO, A. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago: do Marginalismo ao Pragmatismo. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1 p. 194-222, jan./jun. 2017.

¹⁰²PRADO, E. F. S. A ortodoxia neoclássica. **Estudo Avançados**, São Paulo, v. 15, n. 41, p. 9-20, jan/abr. 2001.

¹⁰³FERREIRA, V. R. M. **Psicologia econômica: origens, modelos, propostas**. 2007. 327 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 9.

¹⁰⁴Cf. BRUX, J. M. *Economic Issues and Policy with Economic Applications*. Mason: South-Western, 2005.

bases estáveis, constantes e transitivas. Proposições normativas baseadas nesta linha de pensamento gozaram de grande credibilidade junto aos formuladores de políticas públicas.¹⁰⁵

Uma análise pormenorizada da evolução científica da Economia, e a latente controvérsia sobre seu estatuto epistemológico, sugere a existência de uma forte relação entre as formas de atuação do Estado no cenário político econômico e o programa jurídico-político que lhe dá fundamento.¹⁰⁶ Daí a construção das teorias e modelos econômicos parece ter sido fortemente influenciada pelas escolas científicas contemporâneas e pelas concepções vigentes acerca do que era ciência econômica, do que deveria ser a ciência econômica e de como deveria ser a apresentação formal de um conhecimento propriamente científico a dar sustentação aos programas políticos sobre as variáveis conjecturas econômicas.¹⁰⁷

Especialmente no início do Século XX, para que pudesse gozar de credibilidade no contexto político, os programas elaborados pelo *mainstream*¹⁰⁸ econômico precisavam expulsar por completo qualquer variante subjetiva (psicológica) de suas proposições.¹⁰⁹ Necessário lembrar que as construções dos

¹⁰⁵Sobre proposições normativas e análises positivas na ciência econômica cf. GICO JÚNIOR, I. T. . Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jun. 2010.

¹⁰⁶Não existem programas políticos completamente neutros do ponto de vista ideológico. Mesmo as cartas constitucionais elaboradas após o advento do Estado moderno carregam valores políticos ideológicos capaz de classificar os Estados em maior ou menor grau de adesão à liberdade e à autonomia individual. Cf. SOWELL, Thomas. **Conflito de Visões: Origens Ideológicas das Lutas Políticas**. São Paulo: É Realizações, 2011.

¹⁰⁷BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

¹⁰⁸A corrente teórica predominante na Ciência Econômica é regularmente citada como *mainstream* (corrente dominante) e alguns autores e economistas usam a palavra como um sinônimo para Economia Neoclássica, que seria uma das correntes existentes em teorização econômica e sem dúvida a mais disseminada. No entanto, faz-se necessária aqui uma ressalva, visto que o termo é utilizado de forma equivocada e incompleta. Economia Neoclássica como vulgarmente se apresenta é mais precisamente a Economia Neoclássica do pós-guerra, profundamente enraizada na matematização e em modelos abstratos e gerais, incrustados na noção de racionalidade. As obras de grande parte do que seriam os “primeiros neoclássicos” (ou Neoclássicos da primeira geração), diferem pontualmente deste segundo grupo em termos de inspiração, metodologia, objeto de estudo e objetivos, merecendo, portanto, tal distinção. Cf. MANDLER, M. **Dilemmas in Economic Theory: Persisting Foundational Problems in Microeconomics**. New York: Oxford, 1999.

¹⁰⁹Esse movimento em direção à matematização dos modelos e a expulsão da psicologia da economia está descrito *In*: BRUNI, L.; SUNGDEN, R. The road not taken: how psychology was removed from economics, and how it might be brought back. **The Economic Journal**, Rio de Janeiro, v. 117, n. 516, p. 146–173, 2007. Cf. SIMON, H. Alternative Visions of Rationality. *In*: ARKES, H.; HAMMONDS, K. (coords.) **Judgement and Decision Making**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. Cf. LEWIN, S. B. Economics and Psychology: Lessons for Our Own Day from the Early Twentieth Century. **Journal of Economic Literature**, v. 34, n. 3, p. 1293-1323, set. 1996. Cf. MURAMATSU, R. The Death

primeiros teóricos da economia refletiam uma incessante busca pelo entendimento das causas do comportamento econômico. As análises se debruçavam sobre os fatores que propulsionavam a ação e por isso eram extremamente subjetivas (ênfase para o desenvolvimento da Teoria da Utilidade).¹¹⁰ Para teorizar sobre a causa geradora da ação econômica, era necessário considerar também as motivações subjetivas, campo de estudos afeto à psicologia humana.

Em um segundo momento, os teóricos neoclássicos deixaram ao largo todas as variáveis que pudessem denotar razões de natureza subjetiva, com ênfase à formulações de hipóteses em prejuízo da experiência empírica.¹¹¹ A Teoria da Utilidade postulava que as pessoas escolhem buscando maximizar o prazer e minimizar a dor de forma lógica e racional. Angeli¹¹² sintetiza a divisão que o desenvolvimento do pensamento econômico operou sobre a ideia da racionalidade:

[...] o *homo economicus* tem sido utilizado de duas maneiras ao longo da história do pensamento econômico, segundo ROBBINS (1932, cap. 4). A primeira delas, por ele associada a nomes como Gossen, Jevons e Edgeworth, assume postulados psicológicos hedonistas para caracterizar o comportamento do homem em suas construções teóricas. É o que FONSECA (1990), ao comentar este texto de Robbins, chama de “homem econômico de tipo psicológico”, versão que destaca a motivação estritamente egoísta de toda ação humana. Segundo a interpretação de ROBBINS (1932), contudo, tal identificação do homem econômico com motivos estritamente egoístas e hedonistas - uma máquina de prazer e dor - foi um evento incidental no desenvolvimento da economia pós-revolução marginalista. Segundo o autor, os desenvolvimentos feitos pela escola austríaca, e posteriormente encampados pelo restante da profissão, teriam provado que pressupostos psicológicos eram desnecessários.

Naquela fase da teoria econômica neoclássica, a inovação teórica consistia no conceito de calcular com exatidão a marginalidade das opções, onde o consumo de bens ou produtos cessaria quando a utilidade marginal (ou utilidade advinda com a compra de mais uma unidade) se igualasse ao custo de obtê-la.

A Revolução Marginalista, tendo como centro o desenvolvimento da supracitada Teoria da Utilidade, compreendeu que o valor de um bem é definido não

and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan.-mar. 2009.

¹¹⁰Sobre a Teoria da Utilidade cf. JEVONS, William S. **The Theory of Political Economy**. Londres, McMillan, 1888.

¹¹¹LEWIN, S. B. Economics and Psychology: Lessons for Our Own Day from the Early Twentieth Century. **Journal of Economic Literature**, v. 34, n. 3, p. 1293-1323, set.1996.

¹¹²ANGELI, E. Os usos do individualismo por James Buchanan. **Econ. soc.** [online], v. 28, n., p. 53-70, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182019000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 nov. 2019.

só pelo trabalho (custo), mas também pela utilidade marginal que o indivíduo espera obter das escolhas realizadas. São as primeiras representações de curvas de oferta (lado dos custos) e curvas de demanda (lado da utilidade) na determinação de preços de mercado.

A teoria marginalista permitiu a racionalização excessiva da ciência econômica. Nesse ponto repousa a crise epistemológica enfrentada pela Teoria da Utilidade no começo do século XX.¹¹³ Foi deixado de lado o interesse nas motivações de cunho psicológico dos agentes sociais, para priorizar a matematização das escolhas supostamente estáveis dos indivíduos. Entretanto, os modelos racionais baseados na estabilidade e previsibilidade das opções individuais não explicavam os desvios no padrão das escolhas econômicas.

Enquanto a Economia se mantinha com suas suposições de racionalidade e escolha consciente, a Psicologia, Sociologia e outras Ciências Sociais caminhavam para as conclusões opostas. Neste quadro antagônico, o comportamentalismo adota a premissa de que escolhas dos agentes econômicos podem se dar num ambiente desprovido de qualquer lógica racional.¹¹⁴ A Economia se viu assim frente a um dilema: enquanto “matematizar” modelos era contribuir para o avanço científico tal qual se dava no campo das ciências duras, não era possível, por outro lado, traduzir a inconstância psicológica humana para o rigor e estabilidade de funções matemáticas. Os conceitos psicológicos contidos nas teorias econômicas (por exemplo: utilidade e prazer) não eram passíveis de matematização.¹¹⁵

Esse foi o estopim de um movimento que levou a teoria econômica a se afastar dos preceitos psicológicos na formulação das análises normativas e positivas. A matemática tornou-se, a partir de então, um objetivo da ciência econômica e não mais uma ferramenta. Desse modo, a inspiração psicológica que existia nas teorias até o começo do século XX foi ignorada pela ciência econômica até as novas constatações da Economia Comportamental.

No decorrer do século passado, até meados da década de 70, as

¹¹³A crise epistemológica da teoria da utilidade se refere a modificação de um dos seus pressupostos elementares, o de que os comportamentos dos agentes econômicos são determinados unicamente pelas suas preferências individuais. Cf. SANTOS, C. **The Social Epistemology of Experimental Economics**. New York: Routledge, 2009. p. 162.

¹¹⁴MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan.-mar. 2009.

¹¹⁵MURAMATSU, R.; FONSECA, P. Economia e Psicologia na Explicação da Escolha Intertemporal. **Revista de Economia Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 87-112, 2008.

considerações de Smith sobre a simpatia, na condição de guia das atitudes econômicas, foram relegadas a pesquisas de natureza unicamente filosóficas. Ficaram para trás também as considerações de Senior e Jevons sobre aspectos emocionais da postergação do consumo presente, assim como as considerações morais, altruístas e culturais no hábito de poupança feitas pelo economista Fisher.¹¹⁶

117

Dentro do novo paradigma científico pretendido pela Economia, não era possível discorrer sobre emoção, simpatia, altruísmo, moralidade ou cultura. Nenhuma dessas variáveis compunha as fórmulas quantitativas dos modelos econômicos do Século XX.¹¹⁸ Neste passo, a Escola da Escolha Racional contribuiu para o argumento tautológico da abordagem das preferências reveladas. De acordo com a teoria das preferências reveladas, o agente econômico revela suas preferências no momento da escolha e essa conclusão, de que os agentes escolhem o que preferem, era derivada do argumento circular que os agentes racionais preferem o que escolhem. Thaleb¹¹⁹ apresenta similar crítica ao princípio da preferência revelada:

O axioma da preferência revelada [...] afirma o seguinte: não será possível ter uma ideia sobre o que as pessoas realmente pensam, o que prevê as ações das pessoas, simplesmente perguntando a elas – elas próprias não necessariamente sabem. O que importa, no final, é o que as pessoas pagam pelas mercadorias, não o que dizem ‘pensar’ sobre as mercadorias, ou as várias razões possíveis que elas apresentam, a quem lhes pergunta ou a si mesmas, para tanto.

Essa simplificação retórica fundamentou o afastamento dos contributos da Psicologia na ciência econômica, uma vez que não era mais necessário investigar as motivações humanas subjacentes às escolhas, como faziam os economistas clássicos. A partir de então, as motivações do agente econômico não seriam mais

¹¹⁶Cf. FISHER, I. **The theory of interest**. New York: Macmillan, 1930.

¹¹⁷Para Vera Rita de Melo Ferreira, as primeiras contribuições psicológicas acerca das decisões econômicas podem ser observadas nos estudos de entre os economistas da Escola Psicológica Austríaca, liderada por Karl Menger, que na segunda metade do século XIX buscava motivações psicológicas que fundamentassem o comportamento dos agentes econômicos e Adam Smith, em seu “A teoria dos sentimentos morais”, de 1759, *in*: FERREIRA, V. R. M. **Psicologia E Adam Smith econômica**. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, v. 47, n. 3, p.122-125, jul-set 2007. As raízes da Economia Comportamental em obras clássicas, a exemplo da “Teoria dos Sentimentos Morais, de Adam Smith, de 1759, também é citada por DAURA, S. A. **Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento**. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 569.

¹¹⁸Cf. GAZZANIGA, M. S. **The Law and Neuroscience**. **Neuron**, v. 60, n. 3, p. 412-415, nov. 2008.

¹¹⁹ THALEB, N. **Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p.261.

consideradas para avaliar os desdobramentos da formação da vontade e do exercício da escolha.¹²⁰

O princípio da racionalidade não só permitiu, de um lado, o afastamento da Psicologia via teoria das preferências reveladas, como também impulsionou a matematização da Economia. Assim, a ciência econômica postulava como suposição auxiliar que agentes racionais são consistentes. Ser consistente significa que uma pessoa escolhe entre duas alternativas a mesma opção tanto hoje quanto em qualquer outro momento do tempo, desde que todo o resto permaneça constante.¹²¹

Tal afirmação nega a existência de instâncias de arrependimento e a possibilidade de ocorrência de aprendizado e socialização, fases de expressão do comportamento que são fundamentais para o estudo da norma jurídica, por exemplo. Como corrente contrária, a Economia Comportamental – também conhecida como behaviorismo – surgiu em meados da década de 70 do século passado como uma resposta sólida e sistematizada ao pressuposto dogmático da racionalidade econômica, então pilar teórico da Escola Neoclássica da segunda metade do século passado.¹²²

A contestação do paradigma da racionalidade absoluta pela Economia Comportamental teve lugar no início da década de 70, com o conjunto de estudos de Tversky¹²³ e Kahneman¹²⁴, pesquisadores que ganharam notoriedade no meio acadêmico por suas pesquisas no âmbito da economia e psicologia comportamental. A Teoria dos Prospectos fundou um novo ramo da economia, então nomeado *behavioral economics*.¹²⁵

A Economia Comportamental ganhou notoriedade por contestar um dos mais elementares fundamentos do *mainstream* acadêmico: a racionalidade do *homo economicus*. Segundo Tversky e Kahneman¹²⁶, as motivações emocionais têm papel

¹²⁰MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan./mar. 2009.

¹²¹MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint... 2009.

¹²²RIBEIRO, M. C. P. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, M. C. P., KLEIN, V. (coord.) **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 64-65.

¹²³HEUKELOM, F. **Behavioral economics**: a history. New York: Cambridge University Press, 2014. Kindle Edition, posição 1758.

¹²⁴KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹²⁵KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**... p. 346.

¹²⁶Após cinco anos de colaboração, Tversky e Kahneman publicaram suas principais descobertas acerca dos atalhos mentais e os erros do pensamento intuitivo nos processos decisórios in: TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

preponderante no processo de escolhas econômicas e atuam de forma a moldar a percepção dos incentivos econômicos, tanto positivamente quanto negativamente. Antes de fundar as bases da Economia Comportamental, o ponto de partida de Amos Tversky foi a Teoria da Mensuração, que consiste na aplicabilidade estatística e matemática sobre como a intersecção entre o campo empírico e o campo teórico projeta cenários e explica eventos. Segundo Heukelom¹²⁷, a base dos estudos de Tversky nesse contexto foi James McKeen Cattell, cujo principal objetivo era descrever, entender e controlar o comportamento humano por meio da análise de elementos psicológicos nesse contexto. Segundo Daura¹²⁸, no início dos seus estudos, Amos Tversky ainda sustentava a Teoria Subjetiva da Utilidade, onde “as escolhas realizadas pelos indivíduos podem ser descritas pelo ideal da maximização da utilidade esperada”, tese abandonada ao longo dos seus estudos. Daniel Kahneman¹²⁹, por sua vez, inicia sua carreira científica na Universidade de Michigan, como visitante num laboratório de estudos da hipnose. Na sequência, seu natural interesse pelos esforços mentais, e como o cérebro externaliza as preferências, levou Kahneman aos estudos da “psicologia experimental, especialmente sobre a análise da visão (optometria), tendo produzido durante mais de 10 anos diversos artigos científicos, o que o fez ser reconhecido como uma das principais referências intelectuais nesta área.”

Surge então, com maior relevância, a premissa de que a quantidade e a procura de determinados bens são influenciadas por uma série de variáveis que refogem à simples análise dos preços ou mesmo à disponibilidade da renda.

É nesse ponto que a Economia Comportamental exerce um papel central ao criticar o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos.¹³⁰ Para os comportamentalistas, há muito mais variáveis a influir entre as preferências declaradas e as escolhas efetivamente realizadas. A identificação dos desvios cognitivos e dos equívocos decorrentes de processos mentais obscuros pode explicar com mais precisão as razões pelas quais os agentes econômicos não se comportam como previsto pelos modelos racionais.

¹²⁷ HEUKELOM, F. **Behavioral economics**: a history... posição 1758.

¹²⁸ DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017.

¹²⁹ DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento... p. 572

¹³⁰ SHAFIR, E. **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton, 2012. p. 32.

A Teoria dos Prospectos permitiu reconhecer que as decisões nem sempre são ótimas e que estão sujeitas a uma série de distorções do julgamento (vieses) e atalhos mentais muitas vezes simplórios, que diante de problemas complexos apresentam respostas singelas e automatizadas.¹³¹ Diante de um quadro de incertezas ou de informações incompletas, as pessoas apresentam uma série de reações que não podem ser consideradas racionais, conforme intuía os economistas neoclássicos. Ao contrário, as pessoas são limitadamente racionais, uma vez que suas efetivas escolhas dependem, dentre outras coisas, da forma como os problemas são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*), especialmente em um ambiente de incertezas.¹³²

A disposição de manter o *status quo* (inércia), o sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (*hyperbolic discount*), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser estimuladas ou evitadas de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos.¹³³ Daí a Economia Comportamental poder exercer um papel relevante na elaboração de políticas públicas que busquem evitar a tomada de decisões trágicas no cenário social e

¹³¹MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan.-mar. 2009.

¹³²STRECK, D. R. Racionalidade ecológica e formação de cidadania: entrevista com Gerd Gigerenzer **Educ. Pesqui.** [online], v. 40, n. 3, p. 829-843, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022014000300016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 dez. 2019.

¹³³FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica**: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 153-168.

econômico.^{134 135}

É nesse campo que a interface da Economia Comportamental e o Direito ganha relevância. O behaviorismo não pressupõe indivíduos sensatos e plenamente consciente de suas escolhas (racionalidade forte), ao contrário.¹³⁶ Seus pressupostos consistem em sugerir que os agentes econômicos são irracionais e que a consequência de suas escolhas podem ser desastrosas.¹³⁷

Um conjunto de decisões equivocadas pode conduzir o destino de uma sociedade a um elevado risco de vulnerabilidade social.¹³⁸ Uma perspectiva mais realista do comportamento dos agentes econômicos informa de maneira mais fidedigna os agentes políticos, de maneira a evitar, informar e corrigir comportamentos indesejados ou mesmo aqueles viciados pela falsa presunção de racionalidade.¹³⁹ Na

¹³⁴A referência mais conhecida sobre escolhas sociais e recursos escassos foi originariamente atribuída a Hardin, em seminal artigo acerca da sobreutilização de recursos ambientais considerados vitais para o pleno desenvolvimento da sadia qualidade de vida. No referido artigo, Hardin chama a atenção para o crescimento progressivo da população mundial e a finitude dos recursos disponíveis para atender essa mesma demanda populacional, em razão do que propõe uma nova forma de gerenciamento dos recursos comuns em termos mundiais, em especial a possibilidade de privatização de tais recursos como forma de manutenção utilitária deste mesmo bem. *In*: HARDIN, G. *The Tragedy of the Commons*. **Science Magazine**, New Series, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <http://www.faculty.iu-bremen.de/poswald/teaching/USC/materials/Hardin%201968%20Science.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019. Uma situação de “escolha trágica”, nesse contexto, refere-se a falta de determinado bem necessário para sobrevivência, ou indispensável para evitar condições de elevada vulnerabilidade social, cuja a distribuição é limitada ou não está disponível para todos que dele precisam. *In*: SÉBASTIEN, D. *et al.* *Tragic choice, controversy, and public decision-making: the case in France of random selection of AIDS patients for treatment (“lot-drawing”)*. **Revue française de sociologie**, 43, suplement, 2002. An annual english selection. p. 13. A forma como as sociedades alocam seus recursos escassos passa, invariavelmente, por questão moral sobre a quantidade e a destinação de tais recursos. “Quanto” e “a quem” são escolhas econômicas que implicam custos sociais, cujo pano de fundo é também uma questão de valores morais. Para Calebresi e Bobbit, os valores morais que fundamentam tais decisões demonstram os padrões morais que formam as instituições de uma determinada sociedade. *Cf.* CALABRESI, G.; BOBBIT, P. **Tragic Choices: The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

¹³⁵BARON, J. Biases in the quantitative measurement of values for public decisions. **Psychological Bulletin**, Filadélfia, n. 122, p. 72-88, 1997.

¹³⁶Williamson defende a existência de três tipos de racionalidade: forte, semiforte ou limitada e fraca. Assim, a racionalidade atribuída à teoria econômica neoclássica é classificada como racionalidade forte, que supõe o pleno conhecimento de todos os custos de transação pelo agente econômico. *Cf.* WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985.

¹³⁷ARIELY, D.. **Positivamente Irracional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 5.

¹³⁸A taxa de poupança e sua relação com desenvolvimento é um dos temas mais discutidos em economia. Apesar de ser campo próprio da macroeconomia, a poupança privada – ao lado da poupança pública e poupança externa – está diretamente ligada a disposição dos indivíduos em poupar. A questão da poupança individual é eminentemente cultural e influencia diretamente taxa de de desconto do futuro. *In*: SHOHAM, A.; MALUL, M. The role of cultural attributes in savings rates. **Cross Cultural Management, An International Journal**, v. 19, n. 3, 2012. p. 306. Ver também FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234-240.

¹³⁹Inúmeras críticas direcionadas à teoria da racionalidade são feitas a partir de pressupostos behavioristas, por exemplo, *cf.* STAATS, A. W. *Behaviorismo social: uma ciência do homem com*

verdade, o pano de fundo do debate sobre a teoria da racionalidade econômica e suas diferentes correntes traz, mesmo que de forma implícita, os programas políticos e econômicos que orbitam em torno da questão da regulação dos comportamentos pelo Estado, com vistas ao incremento do bem-estar social.¹⁴⁰

A racionalidade forte, como sustentavam os economistas neoclássicos, foi um importante fundamento de defesa do *laissez faire* e do livre mercado. Como as escolhas dos agentes econômicos eram consideradas estáveis, o ajuste econômico da curva da oferta e demanda se moldaria automaticamente ao contexto da escassez de recursos. A teoria se ajustava perfeitamente à leitura mais liberal da mão invisível de Adam Smith, para a qual a autoregulação e os interesses recíprocos e voluntários eram suficientes para o perfeito funcionamento das trocas que caracterizam o livre mercado.

Entretanto, a liberdade de escolha mediante a autocomposição num ambiente de livre mercado explica somente uma parte da mão invisível, mais precisamente o seu aspecto aparente e objetivo. De outro lado, supor que as escolhas econômicas não são estáveis, ou melhor, supor que as necessidades econômicas estão e são recortadas por elementos de natureza psicológica e comportamental modifica completamente o paradigma da ciência econômica.¹⁴¹

Nesse aspecto, a manipulação de incentivos patrocinados pelo Estado no domínio econômico das escolhas (arquitetura das escolhas) justifica-se pelo propósito de conduzir os comportamentos individuais a um nível socialmente desejado.¹⁴² O problema consiste justamente em saber quais parâmetros devem balizar o planejador central ao conceber essa intervenção sutil no plano normativo.

2.2 AS ESTRUTURAS NORMATIVAS E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Estruturas normativas são conjuntos de comandos jurídicos que compõem o

liberdade e dignidade. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, São Paulo, v. 32, n. 4, p. 97-116, 1980.

¹⁴⁰Existem vários instrumentos constitucionais de intervenção no domínio econômico, todavia, sem qualquer menção aos mecanismos da Economia Comportamental. Para verificar uma análise de todas essas formas de intervenção permitidas no sistema constitucional cf. NEVES, A. F. F.; SANTANA, H. V. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 332-348, ago. 2017.

¹⁴¹LOHRENZ, T.; MONTAGUE, P. R. Neuroeconomics: what neuroscience can learn from economics *In*: LEWIS, A. (Org.). **The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 457.

¹⁴²BARON, J. Biases in the quantitative measurement of values for public decisions. **Psychological Bulletin**, Filadélfia, n. 122, p. 72-88, 1997.

programa de ação governamental de maneira organizada.¹⁴³ A composição desse grupo de elementos organizados está diretamente conectada à própria ideia de políticas públicas. E a institucionalização de regras é indispensável para tratar dessa temática. Nesse sentido, as estruturas normativas, ora tomadas em sentido amplo, contém em seu bojo uma gama variada de instrumentos de regulação, que não se resumem unicamente à lei formal. Para Fonseca¹⁴⁴, a regulação pode ser entendida tanto como ato ou efeito de estabelecer regras, como também em sua análise substantiva. Ou seja, considerando a norma em si nos seus mais variados aspectos, inclusive de conteúdo unicamente moral e político.

Para Bucci¹⁴⁵, “a apropriação desses elementos como categorias analíticas é o que viabiliza uma atividade consciente e tecnicamente apurada de modelagem institucional das políticas públicas”. Não significa dizer, por sua vez, que exista um conceito de políticas públicas que possa ser apropriado unicamente pelo Direito. No contexto brasileiro, a impossibilidade de encerrar o conceito de políticos a uma categoria jurídica foi analisada por Bucci¹⁴⁶, para quem:

[...] a política pública não configura uma categoria jurídica. Um saber jurídico no campo das políticas públicas deve conseguir relacionar os aspectos econômicos, políticos e de gestão inerentes à abordagem com outras categorias jurídicas além das normas, tais como os processos, as instituições e a cultura jurídica.

A construção desses arranjos normativos é correlacionada aos mecanismos de intervenção escolhidos pelo planejador central. Tais escolhas se relacionam com três fatores em especial: a identificação do problema, a realidade que se pretende transformar e a meta que se pretende alcançar.¹⁴⁷ Ao selecionar instrumentos de modificação da realidade, sobretudo quando dispostos em formas de políticas

¹⁴³BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 3804.

¹⁴⁴FONSECA, L. S. G. Pode a regulação ameaçar a liberdade? In: III COLÓQUIO INTERNACIONAL NEPC/IEAT: BIOTECNOLOGIAS E REGULACÕES – DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 2015, Belo Horizonte. **Anais das Sessões Coordenadas do III Colóquio Internacional NEPC/IEAT: Biotecnologias e Regulações – Desafios Contemporâneos**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2015. p. 134.

¹⁴⁵BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**...posição 615.

¹⁴⁶BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 30

¹⁴⁷BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 615.

públicas governamentais, é inevitável identificar o plano teórico pelo qual a formulação desse arranjo institucional ganha forma jurídica. A transformação de uma ideia em elemento institucional, especialmente no caso dos mecanismos de incentivos comportamentais, é construída com base em concepções prévias sobre como o indivíduo realiza suas escolhas.

O encadeamento histórico da relação entre o Direito e a Economia Comportamental, delineado na primeira Seção desta pesquisa, demonstra como a política pública voltada ao aumento do bem-estar absorveu em suas formulações novas tecnologias para a regulação do comportamento. Importa analisar, portanto, a linha teórica que influenciou a recepção destes novos elementos institucionais e seu impacto no processo de criação de mecanismos de regulação. É preciso decodificar o processo de internalização dos incentivos para dentro do processo legal, mesmo que esse processo esteja relacionado à disposição unicamente de instrumentos administrativos de regulação e controle.

Essa conjunção de fatores, tanto jurídicos (norma) quanto econômicos e sociais (incentivos), apresenta ao fundo uma alteração relevante de paradigmas. A modificação do entendimento dos processos de escolhas – conforme já explicado na Seção 2 – permite compreender a nova concepção de racionalidade, que se distingue completamente da noção de racionalidade clássica, objeto das normas tradicionais de controle.

O processo de elaboração de tais normas contém um novo padrão de ação política. Ou seja, o plano político que congrega todos esses fatores exige adotar uma ideia de instituição que integre de forma coerente todos os elementos que compõem esse arranjo complexo fatores jurídicos e econômicos, o que será melhor abordado na Seção 4.¹⁴⁸

¹⁴⁸O neoinstitucionalismo jurídico é completamente diferente do neoinstitucionalismo econômico. Em sua perspectiva jurídica o neoinstitucionalismo pode ser definido nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci: “Essa institucionalização se assenta, necessariamente, sobre componentes de natureza jurídica, consistindo na cristalização dos padrões de ação em normas ou organizações, essas, por sua vez, estabelecidas e conformadas por regras jurídicas. Dito de outro modo, a institucionalização de determinado programa de ação ou política pública está vinculada a normas de conduta ou de organização, para referir a dualidade hartiana”. BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 30. O neoinstitucionalismo econômico, por sua vez, tem diversas correntes. Importante citar o neoinstitucionalismo de Harold Demsetz, sobre o papel do direito de propriedade na promoção da eficiência econômica. Cf. DEMSETZ, H. Toward a Theory of Property Rights. **The American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio 1967. Necessário destacar também o neoinstitucionalismo que

Não obstante esse elemento característico da institucionalização de comandos normativos, a relevância da análise do comportamento humano remonta à própria origem da Teoria do Direito. A forma de propor qualquer regulação baseada em incentivos comportamentais inclui, mesmo que tacitamente, redimensionar a função do Direito, que abdica da força sancionatória ostensiva nesta nova fase. A adequação dos incentivos ao sistema de regras jurídicas é imprescindível para que a nova tecnologia de criação de normas não viole outras normas jurídicas que compõem o mesmo sistema jurídico.

A forma tradicional de regulação dos comportamentos é desenhada com fundamento na emissão de um comando formal, geral e vinculante, destinado a orientar a comunidade política sem qualquer margem de opção.¹⁴⁹ O seu elemento marcante é a sanção ou a ameaça dela.¹⁵⁰ Por sua vez, o Direito contempla da mesma forma normas enunciativas, sem caráter punitivo. O sistema jurídico está repleto de normas que não imputam qualquer sanção pelo seu descumprimento.¹⁵¹ São normas

deu início a teoria dos custos de transação, com origem no trabalho de Ronald Coase, posteriormente desenvolvido por Oliver Williamson. Cf COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. **Economica**, n. 4, p. 386-405. 1937 (1985). WILLIAMSON, O. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985. Sobre a relação entre custos, leis e instituições o neoinstitucionalismo, se destaca no trabalho de Richard Posner. Cf. POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Little Brown and Co., 1973. Sobre o neoinstitucionalismo e política Cf. BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Collected works of James M. Buchanan. Publicado originalmente: Ann Arbor: University, of Michigan Press, 1962. v. 3. Atualmente, o neoinstitucionalismo tem forte associação aos trabalhos de Douglas North, cuja principal crítica aos neoclássicos reside na incapacidade de reconhecer as instituições como elemento fundamental no processo de escolha (instituições como regras do jogo) NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Nova York: Cambridge University Press, 1990. p. 5.

¹⁴⁹ Para Kelsen há dois sentidos acerca da norma coativa, um positivo, que prescreve a conduta ligada ao ato de coerção, e um negativo, que não conecta a conduta a qualquer ato coercitivo, portanto não proíbe, nem prescreve conduta oposita. É o campo da liberdade, segundo Kelsen. In: KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.46.

¹⁵⁰ O direito como ordem normativa de coação do sistema jurídico pode ser atribuído à Teoria Pura do Direito. In: KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.48. Uma evolução em relação ao juspositivismo ortodoxo é a teoria da norma de Herbert Hart. Para Hart, a obrigatoriedade é a característica mais marcante do Direito no sentido de que determinados comportamentos não são opcionais, pois subtraem certas áreas de conduta livre dos indivíduos. O autor dá o nome de “ordens apoiadas por ameaças”, cujo exemplo mais claro é o direito penal. A despeito dessa característica marcante, Hart propõe a tese das “texturas abertas do direito” que, sem descurar das normas gerais, propõe um “caminho do meio”, que incluem padrões de conduta e princípios como instrumentos de controle social. In: HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 160. A tese de Hart consiste numa oposição à teoria interpretativista de Dworkin e o positivismo ortodoxo de Kelsen. Baseado numa posição intermédia, que concilia a base do direito enquanto norma com uma interpretação baseada no “fato institucional”, também chamado de neo-institucionalismo. Cf. GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 236.

¹⁵¹ Sobre os deveres jurídicos sem sanção – conforme a ortodoxia positivista – ver KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.56.

exortativas, que carregam forte elemento informativo moral ou programático sem, no entanto, guardar imediata aplicação no âmbito dos comportamentos. Sem adentrar ao controverso tema sobre o sentido da norma, pode-se afirmar que, entre a norma sancionatória e a norma meramente enunciativa, a Economia Comportamental acrescentou um novo paradigma para criação de regras formais. A recente tecnologia de elaboração de regras, portanto, exige uma nova abordagem sobre o método de concepção do Direito.

Como já reconhecido anteriormente, a complexidade é inerente ao comportamento humano. O processo mental desencadeado internamente pelo sujeito para a tomada de decisões, desde a mais simples à mais elaborada, passa por uma série de etapas que envolvem diferentes instâncias e tendências de ação.

Antes de projetar seus efeitos no mundo exterior, o processo de escolha apresenta incontáveis variáveis. Se no início da construção positivista do sistema jurídico foi necessário dar conta dessa complexidade pelo sentido generalista e abstrata da norma, neste momento o Direito e a Economia Comportamental navegam em uma zona mista, situada entre a regra sancionatória e regra meramente enunciativa. O campo de aplicação desse novo método de elaboração de regras incide sobre o processo de tomada de decisão, que nada mais é senão a descrição dos elementos que permitem a escolha do caminho mais apropriado para atingir um determinado objetivo em um ambiente de incerteza.¹⁵²

Para Elster¹⁵³, diante de paixões inevitáveis os indivíduos podem manifestar a intenção de restringir a liberdade de escolha. São três os principais fenômenos que provocam escolhas inconsistentes, (i) a paixão, (ii) mudança de preferências e (iii) inconsistência temporal. Para o autor, os indivíduos removem certas opções do seu campo de opções factuais, tornando-as mais onerosas ou prorrogando no tempo sua condição, isolando do aparelho cognitivo sua existência.¹⁵⁴ Para Charter¹⁵⁵

¹⁵²SANDRONI, P. **Novíssimo dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 2007 p. 831.

¹⁵³ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2000. p. 11. Para Nick Charter “boa parte da análise de políticas públicas ainda supõe implicitamente que os cidadãos escolhem as opções que veem como as mais vantajosas. Mas o comportamento humano, em grande parte, não é o resultado de escolhas. Isso é verdadeiro em um nível fundamental: o processo mental envolvido nas escolhas parece ser lento e sequencial – as decisões parecem ser forçadas a passar por um “gargalo” mental.” Cf. CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua Implementação. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 126.

¹⁵⁴ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições... p. 11.

¹⁵⁵CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua

significativa parte da observação e implementação de políticas públicas “supõe implicitamente que os cidadãos escolhem as opções que veem como as mais vantajosas”, sem atentar para os atalhos mentais viesados dos seres humanos.

Incentivos sociais e econômicos tem características próprias que tornam seu processo de criação diferente do nascimento de uma regra jurídica tradicional. Ao serem incorporados no meio jurídico, os incentivos comportamentais acabam por tornar a regulação algo misto entre o direito sancionatório regulador e o direito não sancionatório. Pode-se afirmar que existe certo hibridismo técnico que torna a regra de Direito comportamental um elemento diferente entre os dois tipos de normas mencionados. Por um lado, ela contém elementos vinculativos, ou seja, a liberdade de opção do individual está contida no âmbito dos mecanismos previamente dispostos pelo planejador central. O Estado limita um campo de escolhas prévias dentre um rol de condutas que reputa adequado. Esse rol de condutas a serem incentivadas ou orientadas integra o conjunto de elementos que perfaz a política pública.

De outro lado, a proposta de regulação comportamental apresenta também fortes elementos facultativos, ou seja, preserva a parcela de liberdade delegada ao indivíduo, que pode optar por não escolher ou não participar da composição de preferências articuladas pelo planejador central. Isto decorre a partir do desenvolvimento da Teoria dos Prospectos.

A Teoria dos Prospectos foi pioneira ao descrever os problemas de cognição das escolhas individuais, que compreende o indivíduo com graves sintomas de percepção da realidade.¹⁵⁶ Este novo paradigma prescinde da racionalidade de outrora. Racionalidade enquanto elemento da Teoria da Escolha Racional, que considera os indivíduos plenamente conscientes de suas escolhas e aptos a tomar as melhores decisões para si, conforme seus interesses.

Como a nova compreensão das escolhas desconsidera o indivíduo dotado de racionalidade, a fórmula do raciocínio lógico legal acaba por se modificar completamente. O Direito e Economia Comportamental desconsideram a fórmula

Implementação. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 126.

¹⁵⁶Por exemplo, presume-se, ainda hoje, que a massiva disponibilização de informações aos consumidores é absorvida de forma a evitar escolhas equivocadas. Esta premissa considera o consumidor um “ator racional”, conceito que não compreende os processos psicológicos que moldam o comportamento. Da mesma forma, as regulamentações no setor de serviços financeiro, apesar de buscar a eficiência alocativa dos recursos monetários, podem eventualmente reduzir a percepção de confiança do consumidor, diante de alterações regulatórias que afetam o *status quo*. Cf. CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua Implementação... p. 118.

tradicional de controle: dado comando normativo “A”, sua conduta será “B”, sob pena de receber a punição “C.” Tal constatação permite afirmar que as instituições jurídicas não avançaram, ao menos até o início do Século XX, sobre a compreensão da racionalidade dos indivíduos e os efeitos que a sua compreensão poderia ter sobre o sistema de ação governamental.¹⁵⁷ Esse passo foi dado quando a tecnologia comportamental se incorporou aos comandos normativos e os formuladores de políticas públicas vislumbraram uma efetiva ferramenta de modificação das escolhas que prescindem do atributo sancionador da norma.

Os mecanismos de interação entre público e privado voltaram seus objetivos à alteração no campo da liberdade individual, ou seja, a possibilidade de manipular comportamentos por meio da aplicação dos incentivos cognitivos. Em termos de técnica legislativa, essa foi a estrutura que permitiu a inclusão da nova tecnologia de elaboração de políticas públicas com vistas ao incremento do bem-estar. Para Bucci¹⁵⁸ a compreensão desta modificação do Direito em sua teoria jurídica das políticas públicas tem relevante papel:

[...] o esquema binário válido/inválido sobre o passado, não reflete, nem palidamente, a riqueza de possibilidades que se coloca a ação governamental no sentido de delinear o regime dos efeitos mais adequado ao seu processo de implantação e execução. A evolução mais recente do direito, aliás, com o desenvolvimento da soft law, isto é, modalidades de disciplina das relações jurídicas não baseada na coerção, torna sem sentido essa estruturação. Aliás, a técnica jurídica da regularização pactuada de situações irregulares perante a ordem jurídica (anistias fundiárias, parcelamento de débitos discasais etc.) baseia-se exatamente na mitigação diferenciada dos efeitos da invalidade originalmente prevista na regra. Em nome do valor maior do saneamento da situação e da permanência da relação no âmbito do direito oficial, deixam-se de aplicar punições que a literalidade da norma atribuiria aos atos inválidos.

Enquanto elemento de políticas públicas, a Economia Comportamental não age como uma força coercitiva, mas sugestiva. Ao trabalhar no campo da ação individual, os mecanismos de influência sugestionam as opções do titular da ação. Os incentivos já não estão mais no campo da sanção estatal violenta. O objeto da norma não é o corpo, mas a mente do indivíduo. Veja-se similar conclusão demonstrada por

¹⁵⁷Por exemplo, sobre a falta de aplicação de incentivos comportamentais no setor educacional cf. ÁVILA, F.; MENEGUIN, F. B. **A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas**. In: Guia de Economia Comportamental e Experimental. ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia da Economia Comportamental e Experimental. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 211.

¹⁵⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 4577.

Horta¹⁵⁹, que considera que:

[...] a primeira dificuldade de refletir sobre esses problemas é que as categorias jurídicas tradicionais, utilizadas nessas discussões, lidam com questões de proibição, obrigação e permissão. A discussão sobre liberdade geralmente formula a pergunta a respeito da intervenção do Estado em termos da limitação de escolhas. O “paternalismo libertário” complica substancialmente esse jogo, na medida em que alega preservar a liberdade de escolha, uma vez que “nudges” não são obrigações, mas meros incentivos.

A proposta de regulação dos comportamentos por via da aplicação dos instrumentos da Economia Comportamental situa-se numa espécie de área limítrofe, posicionada entre a mera convergência de comportamentos habituais, que dispensam qualquer ordem coercitiva, e os comportamentos regidos por normas sustentados por ameaças, cujo descumprimento sempre foi punido com sanção pela autoridade pública. Cabe mencionar a metáfora de Charter¹⁶⁰ para ilustrar a nova técnica regulatória influenciada pela Economia Comportamental:

[...] oferecer quantidades cada vez maiores de informação e conselhos ao cidadão não será, por si só, suficiente. No setor automobilístico, um navegador GPS é útil porque oferece sistemas simples e bem projetados que indicam a localização atual, permitem que o usuário selecione um destino, recomenda rotas possíveis e é capaz de traduzir essas recomendações em sequências específicas de ação. Um navegador GPS, é claro, não determina onde o motorista deve ir; ele não interfere na liberdade de escolha do motorista. Ao contrário, fornece uma ferramenta poderosa para ajudar as pessoas a atingirem sua meta de maneira eficiente. Mas espera-se que os cidadãos tomem decisões “bem orientadas” e muito mais complexas em outros aspectos da vida – não apenas na ausência de um GPS –, mas sem mapa, bússola, placas de sinalização e nem o equivalente a volante e freio. Espera-se que as pessoas façam decisões cruciais em relação à saúde, finanças e sua pegada de carbono basicamente sem nenhuma assistência quanto à orientação.

Para além das motivações subjetivas, que por si só encerram um universo de particularidades, é apropriado investigar os resultados advindos destas escolhas nos aspectos externos, o que inclui os mecanismos próprios da Economia Comportamental sob forma em técnica normativa. O mais comum e conhecido mecanismo utilizado (*nudge*) ilustra bem esse novo formato de construção normativa.

¹⁵⁹HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 661.

¹⁶⁰CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua Implementação. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 122.

O *nudge* significa encorajar, guiar os comportamentos sem, no entanto, usar da coação ou da sanção.¹⁶¹ Esse incentivo não natural aplicado à tomada de decisão é aplicado tanto por instituições privadas quanto públicas.

No setor público, ganha relevância os aspectos relacionados ao incitamento de comportamentos por meio do que se convencionou chamar enquadramento noticioso.

A nova estrutura de controle das escolhas faz larga utilização das técnicas relacionadas à Teoria do Enquadramento, outra maneira de induzir comportamentos de forma não coercitiva. A Teoria do Enquadramento tem origem em um conjunto de conceitos desenvolvidos pela ciência da comunicação.¹⁶² Para Gigerenzer¹⁶³, “o enquadramento é definido como a expressão de informações (numéricas ou verbais) logicamente equivalentes de formas diferentes.”

Resumidamente, o conceito do enquadramento recebe essa nomenclatura por seu paralelo metafórico com as formas de molduras artísticas, ou seja, associadas a um quadro que delimita o campo de informação. Para Goffman¹⁶⁴, um quadro noticioso é “uma coletividade de definições de situações que governam eventos sociais e nosso envolvimento subjetivo neles”. A moldura serve para limitar a atenção do observador, de forma a capturar o foco para dentro dos limites previamente estabelecidos por quem determina seus limites. Em suma, trata-se do controle da mensagem em vistas dos resultados que se busca com a transmissão da informação. Tal entendimento é comoporatilhado por Entman¹⁶⁵:

[...] enquadrar é selecionar alguns aspectos de uma realidade percebida e fazê-los mais salientes em um texto comunicativo, de forma a promover uma

¹⁶¹HALPERN, D. **Inside the Nudge Unit**. Londres: Ebury Publishing, 2019. p. 22.

¹⁶²Cf. ARDEVOL-ABREU, A. Framing theory in communication research in Spain. Origins, development and current situation. **Revista Latina de Comunicación Social**, n. 70, p. 423-450, 2015. Cf. GOMES, M. O conceito de enquadramento noticioso nos estudos publicados em periódicos científicos (2013-2016). 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 40, 2017, Curitiba. **Anais do 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. Disponível em:

<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-2928-1.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.

¹⁶³GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009. p. 116.

¹⁶⁴GOFFMAN, E. **Os quadros da experiência social: uma perspectiva de análise**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 10.

¹⁶⁵ENTMAN, R. Framing: toward clarification of a fractured paradigm. **Journal of Communication**, New York, v. 43, n. 4, p. 51-58, dez. 1993. p. 52, 1993. Tradução do autor. A mesma citação pode ser encontrada in: ROSSETO, G. P. N.; SILVA, A. M. Agenda-setting e Framing: detalhes de uma mesma teoria? **Intexto**, Porto Alegre, UFRGS, n. 26, p. 98-114, jul. 2012. p. 99. CAMPOS, L. A. A identificação de enquadramentos através da análise de correspondências: um modelo analítico aplicado à controvérsia das ações afirmativas raciais na imprensa. **Opinião Pública**, Campinas, v. 20, n. 3, p. 377-406, dez. 2014. p. 383.

definição particular do problema, uma interpretação casual, uma avaliação moral e/ou uma recomendação de tratamento para o item descrito.

O enquadramento tem a utilidade de enfatizar pontos predeterminados, sugerindo significados já estabelecidos, conforme o interesse do emissor da mensagem. Trata-se da forma como a mensagem é apresentada ao público alvo, de maneira que a inteligência da mensagem seja limitada ao quadro informativo proposto e não disperse para pontos fora do interesse do emissor.¹⁶⁶

Em maior perspectiva, trata-se não só da forma como a percepção das informações é recebida pelo indivíduo, como também do controle da agenda política apresentada pelo planejador central. Fora da moldura não existem opções disponíveis. O enquadramento (*framing*) de qualquer modelo de opções é formulado com base na escolha do método comunicativo, o que implica escolher um mecanismo narrativo e excluir os demais. De forma geral, o enquadramento da comunicação influencia não somente o que pensar sobre a mensagem, mas também a forma como pensá-la.¹⁶⁷

Durante o desenvolvimento da teoria dos prospectos, Tversky e Kahneman¹⁶⁸ usaram inúmeros exemplos para demonstrar como alterações expressivas de percepção e julgamento podem ser acionadas a partir de breves oscilações pela manipulação da linguagem com método de influência. A adaptação dos significados linguísticos em proposições enunciativas abordada por Tversky e Kahneman¹⁶⁹ foi denominado por falácia da conjunção. Segundo os autores, a falácia da conjunção decorre da intuição que viola os processos lógicos, porque pressupõe maior possibilidade da ocorrência da conjunção de dois eventos do que apenas um deles. É a ideia expressada pelo indivíduo que considera o subconjunto da afirmação maior do que o conjunto todo.¹⁷⁰ O exemplo trazido por Gigerenzer explica como o método

¹⁶⁶Cf. GOFFMAN, E. **Os quadros da experiência social**: uma perspectiva de análise. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

¹⁶⁷Atribui-se a Erving Goffman as primeiras análises do enquadramento noticioso e sua relação com as organizações de comunicação. Cf. GOFFMAN, E. **Os quadros da experiência social**: uma perspectiva de análise... 2012

¹⁶⁸O exemplo mais corriqueiro nas evidências sobre enquadramento noticioso é a proposta sobre o tratamento de saúde que sugere duas opções: o risco de perder 10 em 100 vidas, comparativamente à proposta de salvar 90 em 100. O impacto das formas de recepção das propostas foram mencionadas em: TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 74, n. 2, p. 263-292, mar. 1979. p. 288.

¹⁶⁹TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

¹⁷⁰GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009. p. 66.

laboratorial identificou a ocorrência desse fenômeno.¹⁷¹ Ao introduzir um contexto enunciativo, o participante da experiência psicológica é submetido a duas alternativas¹⁷²:

Linda tem 31 anos, é solteira, extrovertida e muito inteligente. Formou-se em filosofia. Como estudante, interessou-se profundamente pelas questões da discriminação e da justiça social e participou de manifestação contra a energia nuclear.

Qual das duas alternativas a seguir é mais provável?

Linda é caixa do banco.

Linda é caixa do banco e membro ativo do movimento feminista.

Para Tversky e Kahneman¹⁷³, o fato de os participantes submetidos à pergunta terem escolhido em maior número a resposta 2 viola as regras da lógica. Isso decorre da impossibilidade probabilística da consideração de um subconjunto (resposta 1) ser maior do que o conjunto (resposta 2). A probabilidade de ocorrência da primeira opção é muito maior que a segunda, embora os participantes tenham optado pela segunda opção. Nada indica, logicamente, que as características acrescentadas à informação de que Linda é gerente de banco implique, automaticamente, que Linda seja membro ativo do movimento feminista.

Em tom crítico, Gigerenzer¹⁷⁴ afirma que tal erro de percepção não decorre somente da incompreensão lógica das respostas e do fato da inadaptabilidade da mente humana aos princípios da probabilística, mas na própria atribuição aos significados utilizados na sentença:

[...] costume dizer que esses tipos de normas lógicas são cegas para o conteúdo porque de fato ignoram o conteúdo e os objetivos da análise proposta. Normas lógicas rígidas negligenciam o fato de que a inteligência tem de funcionar num mundo incerto, não na certeza artificial de um sistema lógico, e precisa ir além da informação dada. Uma das maiores causas da incerteza no problema de Linda é o sentido dos termos *provável* e *e*. Ambos têm diversos sentidos, como qualquer bom dicionário pode comprovar. Vejamos o sentido de *provável*. Alguns, tal como “o que acontece com frequência”, correspondem à probabilidade matemática, mas a maioria não, o que inclui “o que é plausível”, “o que é crível” e “aquilo que há indícios”.

Segundo Gigerenzer¹⁷⁵, a alteração do significado da palavra provável na

¹⁷¹GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 114.

¹⁷²GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 114.

¹⁷³TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

¹⁷⁴GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**... p. 115.

¹⁷⁵GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009. p. 116.

sentença proposta aos participantes da pesquisa altera a resposta para um sentido não matemático, o que demonstra que o problema está localizado mais em uma intuição conversacional do que em um problema lógico:

[...] para submeter essa hipótese a mais um teste, mudamos a expressão provável para *quantas?*:

Existem cem pessoas que se encaixam na descrição acima (ou seja, a que fala sobre Linda). Quantas delas são:

- caixas de banco?

- caixas de banco e ativistas do movimento feminista?

Se as pessoas não sabem que um conjunto não pode ser menor que um subconjunto, e sempre comete esse erro de lógica, então essa nova formulação deveria conduzir aos mesmos resultados que a anterior. Por outro lado, se não existe erro, mas as pessoas fazem inferências inconscientes inteligentes sobre os sentidos da palavra *provável* tornam a descrição de Linda relevante, esses sentidos agora estão excluídos a suposta falácia deve desaparecer.

A reação da mente humana aos incentivos conversacionais são problemas de compreensão de significados, não de falsas inferências lógicas, diz Gingerenzer.¹⁷⁶ Nesse sentido, o autor afirma que o experimento das proposições conjuntivas apresentados por Kahneman e Tversky tem respostas completamente diferentes se, ao invés de utilizar a palavra “provável”, o experimento utilize a palavra “quantas”, fornecendo aos participantes um universo quantitativo fechado de opções. Veja-se, o exemplo trazido por Gingerenzer¹⁷⁷:

[...] existem cem pessoas que se encaixam na descrição acima (ou seja, a que fala sobre Linda). Quantas delas são:

- caixas de banco?

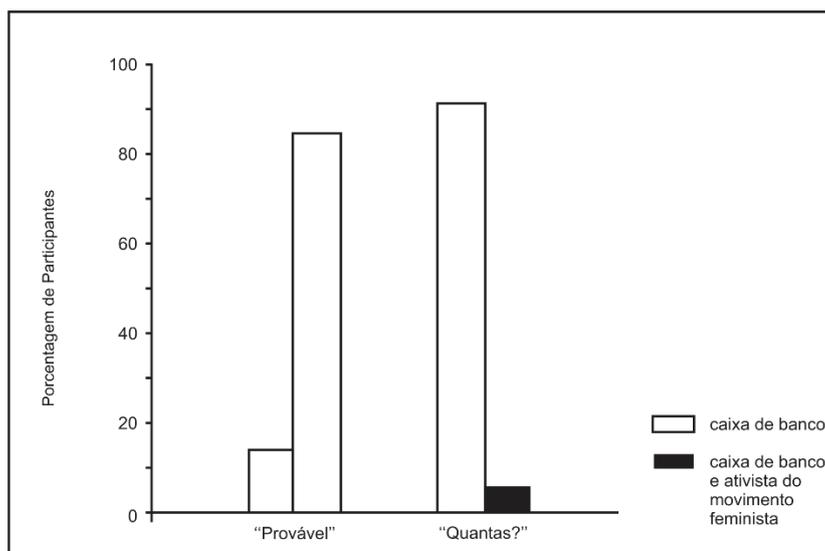
- caixas de banco e ativistas do movimento feminista?

Para Gingerenzer, se as afirmações de Kahneman e Tversky estivessem corretas, não faria qualquer diferença – sob o ponto de vista lógico – modificar o termo provável pela limitação quantitativa apresentada no novo formato das proposições, uma vez que a falácia da conjunção se confirmaria em qualquer um dos exemplos. Todavia, a alteração das palavras modificou completamente o resultado do experimento na hipótese de impor ao respondente uma limitação quantitativa para a resposta:

Figura 1 – Influência das proposições

¹⁷⁶GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição...** p. 116.

¹⁷⁷GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição...** p. 116.



Fonte: GIGERENZER, 2009, p. 117.

No campo do Direito, a aplicação do enquadramento noticioso já pode ser notada nas questões de contratos privados.¹⁷⁸ As opções automatizadas em padrões previamente estabelecidos prescindem da voluntariedade da escolha consciente. Por exemplo, para elevar taxas de adesão a planos corporativos de previdência, os empregadores inscrevem automaticamente os funcionários, de modo que a não concordância destes em participar do plano deve ser expressa.¹⁷⁹ A manipulação do enquadramento linguístico no campo da normatização é um evento relevante e não pode ser ignorado pelos formuladores de políticas públicas.

Starmer¹⁸⁰ relatou um interessante experimento sobre os efeitos do enquadramento das opções em um exemplo prático. Em 2006, durante a *Economic Science Association European Meeting*, Starmer solicitou que os participantes se inscrevessem para o referido congresso com duas alternativas aparentemente

¹⁷⁸Nesse mesmo artigo de 1979, Tversky e Kahneman verificaram que a modalidade de seguro probabilístico, no caso reduzir significativamente a probabilidade de uma perda, não é preferível do que reduzi-la por inteiro, mesmo que a primeira hipótese signifique um preço altamente vantajoso. Isso desmente a Teoria da Utilidade Esperada. In TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, v. 74, n. 2, p. 263-292, mar. 1979. p. 269.

¹⁷⁹Cf. BESHEARS, J.; CHOI, J. J., LAIBSON, D., MADRIAN, B. C. The Importance of Default Options for Retirement Saving Outcomes: Evidence from the United States. In: BROWN, B; LIEBMAN, J; WISE, D. A. (eds.) **Social Security Policy in a Changing Environment**. Chicago: NBER, 2009. p. 167-195. Working Paper N. 12009 Janeiro, 2006, Revised March 2007 p. 27. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12009.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

¹⁸⁰STARMER, C. Guia de Economia Comportamental e Experimental. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 63. O experimento completo pode ser visto em GATCHER, S. et al. Are experimental economists prone to framing effects? A natural field experiment. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 70, n. 3, p. 443-446, jun. 2009.

diferentes para realizar o processo de inscrição.¹⁸¹

No primeiro grupo, os participantes foram informados sobre possibilidade de desconto na taxa da inscrição, caso a fizessem de forma antecipada. No segundo grupo, a mensagem dava ênfase a incidência de multa, caso o participante realizasse a inscrição após o decurso do prazo inicial concedido para a efetivação. Ambas as inscrições, tanto para o caso da incidência de desconto, quanto para o caso da incidência da multa, os valores das taxas de inscrição eram os mesmos.¹⁸²

Os participantes mais jovens aderiram em maior número ao enquadramento baseado na incidência das multas, confirmando a hipótese comportamental de aversão à sensação de perda e penalidade, mesmo que o ganho individual final fosse o mesmo em termos gerais.¹⁸³

A estrutura do enquadramento no campo normativo amplia a sofisticação da própria construção da norma enquanto parte de um programa político. O processo de formulação de uma política pública com elementos de Economia Comportamental compreende uma etapa precedente, atinente ao campo da formulação de alternativas dentro do aparato governamental. Portanto, a união da técnica cognitiva ao processo de construção normativa conduz a atividade política para um novo plano de atuação no cenário social.

Elas diferem quanto ao processo tradicional de formulação de políticas públicas, uma vez que os mecanismos a serem implementados normalmente não estão explícitos para o receptor da norma, justamente pela natureza subjetiva dos incentivos. Essa característica ressalta os aspectos de um processo de sugestão implícitos na estrutura normativa mais do que qualquer ação coercitiva.

Não obstante isso, remanesce a necessidade de optar entre alternativas e, não raras vezes, escolher caminhos que definem como as metas serão atingidas. Ao fim, trata-se de eleger ferramentas diretamente relacionadas aos valores sociais que se quer implementar ou modificar no processo de elaboração de políticas públicas. Para Keeney¹⁸⁴, o planejador central deve buscar um equilíbrio ao fazer uso de

¹⁸¹STARMER, C. Guia de Economia Comportamental e Experimental. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 63. O experimento completo pode ser visto em GATCHER, S. *et al.* Are experimental economists prone to framing effects? A natural field experiment. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 70, n. 3, p. 443-446, jun. 2009.

¹⁸²STARMER, C. Guia de Economia Comportamental e Experimental... 2009.

¹⁸³STARMER, C. Guia de Economia Comportamental e Experimental... 2009.

¹⁸⁴KEENEY, R. L. Framing public policy decisions. **International Journal of Technology Policy and Management**, v. 4, n. 2, dez. 2003. p. 96.

qualquer técnica de enquadramento de opções em políticas públicas: (1) um lista geral de valores sociais a considerar; (2) uma subsunção de cada um dos valores elegidos conforme a meta que se deseja atingir; (3) a estrutura dos objetivos demonstrando a relação de cada um deles; a definição dos atributos de mensuração para o alcance de cada um dos objetivos e suas consequências e (4) a quantificação de eventuais consequências e a conveniência de sua adoção.

Muitas vezes, pequenos ajustes de natureza normativa podem transformar a forma como as pessoas reagem aos incentivos. Um dos exemplos mais conhecidos sobre incentivos em políticas públicas foi testado com base no viés da opção padrão (*option default*) e enquadramento noticioso (*framing*), especificamente sobre o problema da escassez de doação de órgãos.¹⁸⁵ Países com consentimento presumido sobre a doação tendem a colher resultados mais satisfatórios na política pública de doação de órgãos.¹⁸⁶ Resta, portanto, estabelecer até que ponto as manipulações provenientes do planejador central são desejáveis, especialmente em questões que apresentam pontos inconciliáveis com a liberdade de ação individual.

Propostas de transformação das escolhas individuais com efeitos coletivos, especialmente quando contidas no âmbito da regulamentação de políticas públicas, devem obedecer aos critérios de transparência, que é um elemento característico da relação administrativa dos entes públicos com os particulares.¹⁸⁷

Afigura-se imprescindível delimitar um recorte metodológico que contemple, ainda que não exaustivamente, estas relações de consequência entre escolhas e resultados, nos aspectos subjetivos e coletivos. Sobretudo porque durante o processo de construção da política pública é necessário expor as motivações, os reflexos e os riscos das proposições governamentais que impactam escolhas individuais no ambiente social.

De qualquer forma, o plano teórico por trás da interferência governamental no campo das escolhas individuais encontra-se sob um prisma paternalista. Essa ideia está conectada à noção de que entidades centrais de controle tem a missão de substituir ou, no caso do comportamentalismo, sugerir alternativas aos indivíduos acometidos por falhas de julgamento durante o exercício das escolhas. Independente

¹⁸⁵DAVIDAI, S.; GILOVICH, T.; ROSS, L. D .The meaning of default options for potential organ donors. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 109, n. 38, p. 15201-15205, set. 2012.

¹⁸⁶A controvérsia acerca da formulação da política de doação de órgãos será tratada na seção 4.3.

¹⁸⁷SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. **Kyklos**, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019.

disso, o paternalismo menos incisivo ou *soft*,¹⁸⁸ adotado como justificativa ética para incorporação de mecanismos comportamentais em políticas públicas, contém, ainda, pontos obscuros no processo de manipulação dos incentivos.

Cumpra justamente estabelecer quando e como esses pontos obscuros podem colidir com o direito prevalente.¹⁸⁹ Por sua vez, para que se discuta a estrutura de proposições normativas no contexto das políticas públicas é importante que não se perca o sentido dessa disposição regulatória: “a estruturação da ação é dada pelo Direito, em determinado arranjo de disposições, regras e procedimentos previsíveis e definição de autoridades[...], destinadas à estabilidade, permanência e previsibilidade”.¹⁹⁰

Portanto, a falta de clareza que se atribui aos mecanismos de manipulação de comportamentos da Economia Comportamental tem implicações jurídicas.¹⁹¹ Ao estimular comportamentos com base em contextos prévios de enquadramento, a ação governamental encontra no princípio da transparência limites jurídicos para sua aplicação. Sobre o enquadramento informacional, Gigerenzer¹⁹² reconhece a possibilidade de indução ao erro mediante manipulação de alternativas: “toda ferramenta de comunicação, da linguagem até as porcentagens, pode ser manipulada.” Para Bucci¹⁹³:

O uso de várias formas de alocação de meios como mecanismos de cooptação e indução é, talvez, o recurso clássico e imediato de exercício de influência política em processos institucionalizados. E não é por outra razão que a racionalização do poder passa pelo esforço disciplinar a alocação de meios, apresentando de maneira transparente não apenas as decisões alocativas, mas também os processos e as condições subjacentes a essas escolhas, o que demonstra a pertinência da noção de relação jurídica nesse contexto.

¹⁸⁸O conceito sobre paternalismo fraco e forte será abordado na Seção 3.

¹⁸⁹Schnellenbach procura responder à questão sobre a medida da extensão de políticas públicas no contexto de escolhas privadas e quando a decisão política é mais aceitável do que os mecanismos privados de autocontenção e arrependimento. SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. *Kyklos*, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019. p. 2

¹⁹⁰BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 4252.

¹⁹¹O problema da transparência em políticas públicas e *nudge* é também mencionado *In*: CODAGNONE, C. *et al. Nudging* no mundo da formulação de políticas internacionais. *In*: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 331. Sustein menciona o exemplo dos programas de inscrição automática em planos de previdência, sugerindo que em tais casos a população seja consultada acerca das medidas adotadas pelo planejador governamental. *In*: SUSTEIN, C. R. *Nudging: A Very Short Guide*, 37 J. *Consumer Policy*, 583, 2014. p. 2

¹⁹²GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009. p. 120.

¹⁹³BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas...** posição 4252.

Críticas com base na falta de clareza sobre instrumentos de influência e manipulação de comportamentos não são novas, especialmente no contexto do Direito e da Economia Comportamental. Os incentivos não têm as mesmas características das tipologias tradicionais de políticas públicas.¹⁹⁴

Para Lepenies e Malecka¹⁹⁵, manipulações ou incentivos podem violar o critério de publicidade democrática, sobretudo quando os cidadãos não estão cientes de suas decisões. Os dois autores observam ainda que as bases morais para a defesa da aplicação de instrumentos cognitivos em políticas públicas deixaram de se orientar pela ampliação das escolhas não viesadas ou pela não coercibilidade normativa das proposições, passando a servir unicamente como um critério finalista sem disgressões morais sobre o fundamento axiológico da norma.¹⁹⁶

Por exemplo, se a política pública tem como meta a diminuição do número de indivíduos tabagistas, pouco importa o mecanismo a ser aplicado, desde que meta seja atingida. Deixa-se de lado qualquer implicação sobre as motivações inerentes a escolha pessoal e a liberdade de ação. Isso transforma a eficácia da medida o critério definitivo para sua aplicação.¹⁹⁷ Lepenies e Malecka¹⁹⁸ afirmam que este movimento de aplicação indistinta da Economia Comportamental conduz o propósito da política pública para uma única dimensão: a capacidade de modificações dos padrões humanos de forma generalizada.

Os mesmos autores ainda fazem uma importante distinção sobre o papel da norma neste contexto.¹⁹⁹ Se não há qualquer necessidade da presciência das ferramentas normativas que impactarão o comportamento dos indivíduos no âmbito das políticas públicas, está-se diante da utilização da “lei-como-instrumento”. Se, por outro lado, os indivíduos são conscientes dos motivos da ação política e, portanto, não prescindem de uma razão consciente e conhecida, então se está diante da “lei-como-norma”.

Na utilização da razão instrumental da lei, a eficácia sobrepõe a consciência

¹⁹⁴Sobre o contexto anglo-saxônico (Estados Unidos, Inglaterra e Canadá) de políticas públicas e seus instrumentos *cf.* HOWLETT, M. Policy instruments, policy styles, and policy implementation. *National approaches to theories of instrument choice. Policy Studies Journal*, v. 19, n. 2, p. 1–21, 1991.

¹⁹⁵LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy. *In: The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*. Routledge, 2019. p. 520.

¹⁹⁶LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy... p 520.

¹⁹⁷LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy... p. 520.

¹⁹⁸LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy... p 520.

¹⁹⁹LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy... p 520.

e a autodeterminação individual. Na razão normativa da legislação, a ação política é cognitivamente acessível. No caso da norma usada como incentivo, as leis não precisam ser conhecidas para serem eficazes. A ação inconsciente do indivíduo, desde que corretamente manipulada, é suficiente para responder a lei de forma eficaz e, conseqüentemente, atingir o resultado buscado pelo poder público.²⁰⁰

Tais observações permitem reconhecer que, no contexto das políticas públicas comportamentais, o atendimento das metas é mais desejável que a forma utilizada para alcançá-la. A incorporação de mecanismos comportamentais na formulação de políticas públicas, motivados por uma nova compreensão do processo de escolhas, modificou a estrutura da edificação do Direito nesse sentido.

A adoção deste novo paradigma da racionalidade modificou também o processo de construção da norma enquanto elemento de regulação dos comportamentos. Os eventuais limites desse novo arranjo institucional, suas implicações para o direito contemporâneo e a conformação da ação governamental neste quadro complexo exigem uma abordagem interdisciplinar, “por meio de comparações entre a institucionalização de cada uma delas e análise das estratégias jurídicas de conformação e implementação”.²⁰¹

Sem a reflexão sobre a estrutura dos arranjos normativos contemplados no plano de implementação de políticas públicas comportamentais, pouca, ou nenhuma reflexão poderá ser realizada acerca dos contornos de influência estatal na coordenação das ações individuais. O exercício comparativo, que permite descrever as similaridades entre ciências correlatas cujo objeto perpassa o comportamento individual, conflui para identificação da teoria de base sob a qual está construído o desenho de tais estruturas, no caso o Paternalismo Libertário.

²⁰⁰LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy... p. 521.

²⁰¹BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO E BEM-ESTAR

Entende-se por Paternalismo Libertário a iniciativa das instituições públicas no sentido de orientar os comportamentos individuais, mediante a aplicação de instrumentos da psicologia comportamental.²⁰² Como premissa teórica fundamental, o Paternalismo Libertário pressupõe que as liberdades de escolha nas sociedades liberais não induzem – de maneira automática – os indivíduos ao acréscimo de suas condições materiais, uma vez que as pessoas são sequencialmente traídas por uma série de condicionantes que não confirmam a Teoria da Racionalidade do agente econômico.²⁰³

Para Clève e Lorenzetto, o Paternalismo Libertário “se funda no entendimento de que as pessoas são livres para a definição de suas escolhas, cabendo, todavia, ao Poder Público, a tarefa de orientá-las para prevenir aquelas cujos resultados são ou podem ser indesejáveis”.²⁰⁴

Objetivamente, isso significa reconhecer que as pessoas não escolhem perfeitamente quando submetidas a determinadas condições, porque sucumbem às operações mentais obscuras (vieses). Ao fim, o Paternalismo Libertário é uma teoria de justificação ética, baseada na interferência do Estado na esfera privada dos indivíduos em suas escolhas pessoais.²⁰⁵

Tal justificação, lastreada na meta-princípio constitucional do bem-estar, permite que o planejador central determine os meios para que o incremento do bem-estar se realize. Evitar que indivíduos realizem escolhas prejudiciais, que muitas vezes não são ostensivamente proibidas pela legislação tradicional, denota o espírito paternalista que envolve a aplicação da Economia Comportamental em políticas públicas.

Alguns exemplos de más escolhas individuais que, por sua vez, redundam em redução do bem-estar individual e social, são paradigmáticos. Os maus hábitos

²⁰²THALER, R. H. **Misbehaving: the making of Behavioral Economics**. New York: Norton & Company, 2015. p. 323.

²⁰³SBICCA, A. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, jul. 2014. p. 580.

²⁰⁴CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, p. 110-141, 1º quadrimestre de 2014.

²⁰⁵CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa... 2014.

alimentares que causam doenças, a ausência de poupança previdenciária, os acidentes de trânsito causados por excesso de confiança etc. são exemplos claros de comportamentos não expressamente proibidos, contudo prejudiciais.

Isso porque raramente as pessoas tomam decisões “preto no branco”.²⁰⁶ Mesmo as operações mentais de ponderação de custos e benefícios, sobretudo em estágio de comparação – o que se dá no âmbito das hipóteses de opção –, podem estar prejudicadas por fatores externos ou internos de implicação unicamente psicológica. Significa reconhecer que a liberdade de escolha pode, muitas vezes, constituir retrocesso socioeconômico, seja para o titular da escolha malsucedida, seja pela somatória das ações individuais que resultam na diminuição do bem-estar social.

No decorrer da segunda metade do século passado, o Paternalismo Libertário surgiu das discussões sobre a extensão e o significado do termo paternalismo como elemento jurídico e, portanto, inserido num contexto normativo mais amplo. A controvérsia contemporânea sobre o paternalismo legalista, originado da ação estatal, tem origem no artigo de Feinberg²⁰⁷, que assentou os parâmetros do que depois ficou conhecido como Paternalismo Libertário, ou seja, a vocação pública de defender as pessoas de si mesmas, de se auto infligirem danos não intencionais, especialmente quando parcialmente desinformadas das consequências das suas escolhas. Mais ao final do século XX, já na virada da década de 90, o paternalismo legalista acolheu os mecanismos da Economia Comportamental para sedimentar suas propostas de promoção do bem-estar social a partir dos incentivos comportamentais.

A partir de então, por meio do desenho dos incentivos, o Estado passou a ser visto como um agente capaz de influenciar as preferências pessoais, manipulando a própria disposição do programa político com vistas ao alcance das metas de bem-estar. Para Araújo²⁰⁸, a constituição de políticas públicas voltadas para a promoção do bem-estar e melhoria social, principalmente na Europa e Estados Unidos, decorrem do grau da legitimação do paternalismo aplicado em intervenções no campo social e individual.

Em suma, o Paternalismo Libertário ampara sua premissa fundamental “no fato de que, em muitos casos, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis

²⁰⁶MANKIW, G. N. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 06.

²⁰⁷FEINBERG, J. Legal Paternalism. **Canadian Journal of Philosophy**, v. I, n.1, p. 105-124, jan. 1971.

²⁰⁸ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan/jul. 2016. p. 150.

ou ordenadas”, diz Thaler²⁰⁹, razão pela qual o Estado pode intervir para melhorar o processo das escolhas individuais.

Pode-se afirmar que o Paternalismo Libertário é uma modalidade de regulação que visa diminuir as assimetrias informacionais, erros de avaliação e autoenganos, para que o indivíduo tome a decisão menos prejudicial aos seus legítimos interesses. E, de qualquer ponto de vista, constitui um mecanismo de substituição das vontades individuais pelo desejo central do Estado acerca de um dado problema social, cujos ônus de resolução são transferidos da arena pública para o campo das subjetividades individuais não conscientes.

O auxílio ou a intervenção governamental representam, portanto, uma ampliação na rede de benefícios marginais que de outra forma não estariam disponíveis ao indivíduo em condições ditas normais – em que o sujeito é suscetível a erros e equívocos no momento das escolhas econômicas. Diferentemente das abordagens tradicionais de regulação social – baseadas na formulação de modelos abstratos que descrevem analiticamente o comportamento que se pretende obter dos agentes econômicos –, o Paternalismo Libertário propõe esclarecer, sugerir, orientar ou mesmo influenciar as escolhas mediante aplicação de programações neurocognitivas. Daí porque a intervenção do Estado nesse sentido busca eliminar vieses da escolha e condicionar as alternativas aos padrões previamente estabelecidos.

Em resumo, o Paternalismo Libertário cuida de proteger os indivíduos dos seus próprios equívocos. O objetivo central é promover escolhas melhores, e por consequência, obter melhores resultados coletivamente. Para Muramatsu e Fonseca²¹⁰, as políticas que consideram a arquitetura das escolhas uma alternativa viável são vitais para o incremento do bem-estar social.

Mediante a incorporação da Economia Comportamental em seu sistema de proposições, o Paternalismo Libertário fixou uma linha de defesa sobre as objeções levantadas por seus críticos mais refratários sobre as proposições comportamentalistas manejadas pelo Estado. Isso se deu porque o paternalismo de

²⁰⁹THALER, R. H. **Misbehaving: the making of Behavioral Economics**. New York: Norton & Company, 2015. p. 3.

²¹⁰MURAMATSU, R.; FONSECA, P.. Um Enigma do Comportamento do Consumidor no Brasil: análise comportamental do consumo procrastinado em um cenário inflacionário. *In: XXXII ENCONTRO DA ANPAD*, 32, Setembro, 2008. Rio de Janeiro: EnANPAD, 2008. **Anais do XXXII Encontro da ANPAD**. p. 8.

outrora, rejeitado pela teoria liberal clássica, determinava de forma coercitiva e unilateral as condutas sociais para finalidades ampliadas, que extrapolam simples defesa da propriedade e podem denotar medidas antiliberais.²¹¹

A partir da adoção das ferramentas de Economia Comportamental, as políticas públicas desenvolvidas com base em mecanismos neurolinguísticos, construídos em forma de arranjos institucionais, permitiram ampliar o enquadramento das melhores opções. Desta forma, o Paternalismo Libertário preservou certo grau de liberdade de escolha, desde que tais escolhas se realizem nos limites das disposições anteriormente desenhadas pelo planejador central.

De acordo com a intensidade da intervenção governamental sobre o espaço da ação livre, algumas classificações podem ser estabelecidas. Isso altera significativamente o campo de ação em onde os indivíduos são orientados a tomar posição diante do estímulo proveniente de qualquer autoridade constituída.

O Paternalismo Libertário encontra-se em uma posição intermediária, que pende entre o mais leve grau de intervenção, até as mais extremadas formas de controle. Nesse sentido, as diversas formas de paternalismo podem ser caracterizadas quanto ao sujeito titular da ação, que envolvem desde situações nas quais não existe qualquer interferência oficial do Estado, até aquelas situações totalmente proibitivas.²¹²

As formas de relação paternalística ora descritas são, em boa parte, baseadas no método sociológico de relações comunitárias e associativas, conforme descrito por Weber.²¹³ A relação comunitária “repousa no sentimento subjetivo dos participantes de pertencer (afetiva ou tradicionalmente) ao mesmo grupo”.²¹⁴ A relação associativa “repousa num ajuste de ou numa reunião de interesses racionalmente motivados (com

²¹¹A concepção coletivista do controle social, ampliada pela função social do Estado é contrária à perspectiva utilitarista e individualista clássica de John Stuart Mill, para quem o homem vem antes da sociedade. “A concepção individualista, para a qual Mill conduz a teoria liberal, coloca o homem antes da sociedade e vê nesta última, principalmente na sua instância política, um elemento de artificialidade que não aparece na concepção organicista. Para essa perspectiva de análise, as ações humanas são auto referenciadas e importam em si mesmas. Por isso, podemos dizer que esta concepção inverte a relação indivíduo-grupo, fazendo do último um reflexo do primeiro. O agregado social é, assim, o produto de uma espécie de soma vetorial das atividades, interesses e impulsos dos indivíduos que o compõe.” *In*: ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan/jul. 2016. p. 154.

²¹²MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, v. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015. p. 610-611.

²¹³Cf. WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB, 2009. v.1.

²¹⁴WEBER, M. **Economia e Sociedade**... p. 25.

referência a valores ou fins)".²¹⁵ Em qualquer um dos tipos pode ser notada uma relação paternalística exercida por um dos sujeitos da relação.

A primeira forma de paternalismo é o (i) paternalismo legítimo, cujo objeto de influência são os sujeitos incapazes, ou seja, aqueles que, por qualquer razão, não reúnem condições de exprimir sua vontade.²¹⁶ A segunda categoria se refere ao (ii) paternalismo interpessoal horizontal. Essa forma de paternalismo interpessoal envolve pessoas que gozam de uma mesma capacidade de influência recíproca. Por exemplo, um indivíduo que induz outro indivíduo a parar de fumar.²¹⁷ Nessa modalidade de ação paternalística sobreleva-se a relação paralela e não hierárquica entre o influenciador e o receptor da mensagem. Como estão posicionados no mesmo status social, a relação de influência entre tais pessoas ocorre de maneira horizontalizada, não hostil e sem compromissos políticos formais.

Por sua vez, a terceira categoria de paternalismo (iii) refere-se ao aspecto hierárquico e funcional (relação patrão/empregado ou consultor especialista/consulente).²¹⁸ Um exemplo característico dessa modalidade de paternalismo pode ser observado na relação médico/paciente, decorrente da assimetria de informações que os leigos demonstram acerca dos conhecimentos técnicos.²¹⁹ O paternalismo hierárquico ou funcional, decorrente da relação entre prestadores de serviços técnicos e tomadores de serviços – geralmente leigos –, tem uma peculiar situação passível de manipulação neurocognitiva.

Em geral, tais aspectos intangíveis do atendimento clínico têm recebido pouca atenção na literatura médica e menos ainda dos órgãos regulamentares do exercício da medicina. As evidências encontradas por Donald Redelmeier *et al*²²⁰ demonstram

²¹⁵WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB, 2009. v.1, p. 25.

²¹⁶MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, v. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015. p. 610-611.

²¹⁷MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências... p. 610-611.

²¹⁸MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências... p. 610-611.

²¹⁹Cf. BEIER, M.; IANNOTTI, G. C. O paternalismo e o juramento hipocrático. **Revista Brasileira de Saúde Mater. Infant.**, Recife, v. 10, supl. 2, p. 383-389, dez. 2010. Fátima Geovanni e Marlene Braz afirmam que os problemas éticos da comunicação de diagnósticos de câncer decorrem, predominantemente, em relações paternalistas com interferência na autonomia do paciente. *In*: GEOVANINI, F.; BRAZ, M. Conflitos éticos na comunicação de más notícias em oncologia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 21, n. 3, p. 455-462, dez. 2013. Sobre o comportamento de cirurgiões oncológicos e o conceito de autonomia individual dos médicos no contexto dos pacientes que relutam em se submeter a cirurgias consideradas mutiladoras cf. VASCONCELLOS-SILVA, P. R.; NOLASCO, P. T. L. Dialética da autonomia dos equilíbrios nos conflitos entre pacientes e cirurgiões oncológicos. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 43, n. 5, p. 839-845, out. 2009.

²²⁰REDELMEIER, D. A.; ROZIN, P.; KAHNEMAN, D. Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives. **JAMA**, v. 270, p. 72-76, jul. 1993.

que as tomadas de decisões intuitivas são muito mais passíveis de equívocos de escolha quando a avaliação do agente está submetida a uma condição de elevado estresse. A forma como se direciona a informação ao paciente, por exemplo, visivelmente submetido a uma situação de elevado abalo psicológico, ajuda a explicar como é sensível a manipulação do enquadramento noticioso nesses casos. A informação médica em tratamentos de alta complexidade e risco de morte, bem como o consentimento do paciente diante do enquadramento noticioso, também são exemplos desse rol de questões complexas e difícil gerenciamento regulatório. Veja-se, por exemplo, a hipótese citada por Horta²²¹, de que:

[...] humanos são avessos ao risco, o que faz com que a maneira de formular uma sentença em termos de ganhos ou perdas induza diferentes interpretações – e assim, conforme dezenas de estudos demonstraram, dizer que uma intervenção médica tem 90% de chance de dar certo soa mais positivo do que afirmar que tem 10% de dar errado, embora ambas as frases signifiquem a mesma coisa.

Segundo afirma Gigerenzer²²², existe elevada confiança na relação paternalística entre médico e paciente. Entretanto, o padrão observado na indicação de tratamentos de alta complexidade é sobremaneira afetado por questões culturais, financeiras e, no caso americano, jurídicas, decorrentes do excesso de judicialização das questões médicas. O autor sugere três caminhos para tornar a relação médico/paciente mais racional: (i) desenvolver políticas transparentes de tratamento médico em vista dos hábitos culturais da comunidade; (ii) estimular o consenso sobre os tratamentos mais eficazes e, por último; (iii) eliminar a lógica das questões litigiosas que promovem o comportamento defensivo de médicos em prejuízo do melhor tratamento do paciente. Nesse sentido, uma das sugestões refere-se a tomada de decisão compartilhada, onde “pacientes e médicos devem escolher tratamentos alternativos investigando todas as consequências possíveis” para ponderar sobre probabilidades numéricas e utilidades esperadas.

Existe também a categoria de paternalismo institucional (iv), promovido especialmente por igrejas, universidades e associações voluntárias, que se desenvolve na relação de dependência entre os praticantes de credos religiosos ou membros de grupos associativos. Por último, encerra classificação sobre paternalismo

²²¹HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 653.

²²²GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p.183/193

o (v) o paternalismo governamental – objeto de análise da presente pesquisa.

O paternalismo governamental toca questões próprias do Direito Público.²²³ Sua característica principal é a *jus* normatividade. Como o Estado detém legitimidade para propor estímulos ou vedações a determinado comportamento social que se pretende coibir, diminuir ou estimular, ele próprio deverá eleger os comportamentos que pretende acomodar, considerando o conjunto de valores que orienta uma sociedade juridicamente vinculada.

Essa forma tradicional de compreender as funções do Estado, bem como a sujeição do indivíduo aos seus desígnios, tem forte tradição ocidental. Mesmo para Nozick²²⁴, autor da corrente ultraliberal, essa forma de associação de proteção dominante, que resulta na ideia original de Estado – bem como suas funções monopolistas e redistributivas de justiça e força –, não viola o campo de ação dos direitos individuais. A passagem de um estado de natureza para uma regulação mínima é, segundo o autor, moralmente legítima e indispensável.²²⁵ Sustain²²⁶ admite que qualquer configuração mínima de ordem legal já contempla em si uma arquitetura prévia de influência, desde a defesa mais estrita dos direitos de propriedade, até a eventualidade de uma ação de responsabilidade civil.

Entretanto, os estágios da intervenção do Estado no domínio privado se modificaram de tal forma ao longo do tempo que a origem liberal que fundou as bases do Estado moderno há muito tempo avançou para além da proteção objetiva das

²²³“Visto pela ótica das divisões tradicionais do direito, o argumento é composto a partir de uma visão de direito público, com base em conceitos estruturantes da teoria geral do Estado, da teoria geral do Direito e da teoria geral do processo. Procura-se apontar possíveis correspondências com as disciplinas afins, que facilitem o diálogo e a compreensão recíproca.” BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 648.

²²⁴NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 145.

²²⁵NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**... p. 145.

²²⁶SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 200

liberdades individuais clássicas.²²⁷ Gabardo²²⁸ anota essa diferença entre a concepção tradicional do Estado Liberal e do contemporâneo Estado Social, que “exige um modelo cujos os fins partem de um pressuposto de positividade”.

Mesmo entre aqueles que incentivam a adoção da Economia Comportamental como ferramenta de aplicação de políticas públicas, há fundadas controvérsias acerca dos limites e modos desse método de intervenção. Remanesce, portanto, o risco da abertura de precedentes não libertários e a crescente expansão do Estado para dentro das mais diversas áreas das relações humanas. Essa expansão paternalista pode avançar sobre áreas que nunca antes foram tocadas pela intervenção estatal tradicional.

Não obstante isso, planejadores são confrontados com a opção de influenciar ou não os comportamentos humanos em diversas áreas de atividade. Iniciativas criativas contribuem para alcançar as metas programáticas definidas em políticas públicas. A todo momento o Estado se coloca como ator principal para solucionar problemas que antes estavam restritos ao campo das escolhas puramente subjetivas.

O governo britânico, por exemplo, fez uso de mecanismos de incentivo para estimular os contribuintes a entregarem de forma adiantada suas declarações de ajuste de Imposto de Renda. O núcleo britânico de pesquisa comportamental comunicou formalmente aos contribuintes que seus vizinhos haviam se antecipado em suas declarações e receberiam suas restituições antecipadamente.²²⁹

A simples comunicação gerou o efeito reflexo (*reflection effect*), um dos vieses característicos dos comportamentos humanos, estimulando outros contribuintes a anteciparem suas declarações tributárias. Segundo Mackaay e Rousseau²³⁰, “a

²²⁷“Liberalismo clássico na acepção defendida por John Stuart Mill, que veda ao Estado interferir no comportamento individual e o indivíduo goza da liberdade de procurar o próprio bem, cada um à sua maneira. Importante mencionar a diferença clássica proposta por Isaiah Berlin entre liberdade negativa e liberdade positiva: “Ele definiu a liberdade negativa como estar livre de coerção. A liberdade negativa é sempre liberdade contra a possível interferência de alguém. São exemplos disso a autonomia de fruir intitulos (contra possíveis abusos); a autonomia de expressar crenças (em oposição à censura); a liberdade de satisfazer pessoalmente gostos e a livre procura de objetivos individuais (em oposição a padrões impostos). A liberdade positiva, por outro lado, é essencialmente um desejo de governar-se, um anseio de autonomia. Contrariamente à liberdade negativa, não é liberdade de, porém liberdade para: a aspiração ao autogoverno, a decidir com autonomia em vez de ser objeto de decisão. Enquanto a liberdade negativa significa independência de interferência, a liberdade positiva está relacionada à incorporação do controle.” *In*: MERQUIOR, J. G. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2011. p. 50.

²²⁸GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

²²⁹ROBB, G. To nudge or not to nudge? **HR Magazine**, dez. 2017. Disponível em: <http://www.hr-magazine.co.uk/article-details/to-nudge-or-not-to-nudge>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²³⁰MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

adesão das pessoas a uma norma ou padrão pode, demais disso, ser acelerada à medida em que o número dos já aderentes aumente.” Para Ferreira²³¹, o estímulo criado pela adesão coletiva é um viés que pode ser aproveitado pelo poder público:

Quando a escolha envolve a possibilidade de perda, o efeito reflexo (reflection effect) pode se manifestar. Neste caso, a preferência recai na perspectiva que expressa uma imagem refletida no espelho em relação à outra, que envolvia ganhos, o que significa que o efeito reflexo implica aversão à risco quando a perspectiva é negativa, de perda.

Ações similares a essa são estimuladas pelo planejador central porque apresentam baixo custo de implementação, além de não apresentarem externalidades negativas. Mesmo que o indivíduo não assimile o incentivo, sua condição inercial não causa prejuízo a terceiros. Ao reagir aos incentivos comportamentais, o indivíduo colhe benefícios decorrentes da proposta governamental, que sem a aplicação dos estímulos não lhe seriam franqueados. Para a Teoria dos Jogos, estar-se-ia diante de um jogo de soma positiva.²³²

Por outro lado, existem questões que envolvem alto grau de intervenção e, além de serem faticamente irreversíveis, podem violar em alguma medida o princípio da não intervenção e da autonomia das próprias razões. Tome-se como exemplo a política de presunção de doação de órgãos e tecidos derivados de morte cerebral. Com a finalidade de aumentar o número de doações, presume-se que as pessoas são doadoras inatas²³³ e que qualquer oposição à doação de órgãos e tecidos deve ser expressa²³⁴.

²³¹FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica**: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 170.

²³²Jogos de soma positiva são interações estratégicas em que todas as partes relacionadas apresentam algum ganho líquido decorrentes de suas relações. Cf. NEUMANN, J. V.; MORGENSTERN, O. **Theory of games and economic behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1944. Para Horta, “Com base na teoria da escolha racional e na teoria dos jogos, os chamados modelos estratégicos passaram a analisar o cenário da decisão enquanto interação de juizes com outros atores, dentro e fora do Judiciário, num cenário de complexidade institucional.” *In*: HORTA, R. L. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Revista Diálogos sobre Justiça**, Brasília, n. 2, p. 38-48, maio/ago. 2014. p. 41.

²³³Existem estudos que apontam uma correlação significativa entre a adoção de um sistema de doação presumida e o aumento de doação de órgãos e tecidos. Cf. RITHALIA, A.; MCDAID, C.; SUEKARRAN, S.; MYERS, L.; SOWDEN, A. Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review. **BMJ**, 338, a3162. PMID: 19147479, 2009. Cf. FERRAZ, A. S. *et al.* Revisão integrativa: indicadores de resultado processo de doação de órgãos e transplantes. **J. Bras. Nefrol.**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 220-228, set. 2013. Cf. ROZA, B. A.; NETO, B. F.; THOMÉ, T.; SCHIRMER, J. Doação de órgãos e tecidos no Brasil: podemos evoluir? **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 43-48, 2009.

²³⁴A história da regulamentação da doação de órgãos e tecidos no Brasil é marcada por alterações significativas. A Lei n. 4.280/63, primeira a tratar da temática, previa duas formas de consentimento

Portanto, a política pública de saúde adotada, que subjaz à regulamentação de doação de órgãos e tecidos, nesse caso, faz uso de padrões de opção para estimular a doação não consciente. Enfatiza-se a condição inercial que os indivíduos apresentam ao se deparar com a necessidade de formular uma declaração expressa de não doador. Daí exsurge a necessidade de se realizar um segundo recorte metodológico quanto à classificação do paternalismo em relação ao grau de intervenção.

3.1 PATERNALISMO FORTE E FRACO

Entende-se por paternalismo forte a restrição normativa das liberdades de comportamento de uma pessoa capaz. Estas intervenções se fazem no sentido de proteger o indivíduo de comportamentos nocivos para si e para terceiros. São exemplos dessa modalidade de regulamentação a obrigatoriedade do uso de capacetes para proteção de motociclistas²³⁵, algumas políticas antitabagistas²³⁶ e os programas de retenção obrigatória ao fundo previdenciário geral.²³⁷ Característica

para extração de órgãos e tecidos, autorização em vida por escrito do doador ou do cônjuge e parentes na falta deste. A Lei n. 5.479/68 revogou a autorização familiar e deu ênfase à autorização do doador. Após a Constituição de Federal de 1988, foi promulgada a Lei n. 8.489/92 sem significativas alterações, pois exigia o consentimento expresso do doador manifestado em vida. Porém, diante de um quadro de aumento da demanda por órgãos passíveis de transplante, sobreveio a Lei n. 9.434/97, que previa no seu artigo 4º a presunção de autorização para doação post mortem, salvo manifestação em contrário do doador ou da família. Diante de significativas manifestações contrárias, o dispositivo que regulamenta a doação de órgãos foi novamente alterado mediante conversão em lei da Medida Provisória n. 2.083/2001, Lei n. 10.211/2001, que exigiu a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau.

²³⁵Após a Constituição Federal de 1988, o primeiro regulamento do CONTRAN a dispor sobre necessidade de se assegurar requisitos mínimos para os capacetes de segurança, a serem utilizados por condutores e passageiros de motocicletas, motonetas e veículos similares, visando proteger-lhes a cabeça nos choques decorrentes de acidentes, foi a 757/91. Atualmente a obrigatoriedade é prevista no artigo 54 e 55 do Código de Trânsito Brasileiro. Nos Estados Unidos, a regulamentação do uso do capacete é competência dos estados da federação, o que permite correlacionar as diferentes legislações com acidentes fatais envolvendo motociclistas.

²³⁶No Brasil, a Lei n. 12.456/2011 impôs a proibição do uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. A despeito da política antitabagista, dados do Sistema de Informações sobre a Mortalidade do Ministério da Saúde (SIM) demonstram que o número de óbitos por Doenças Crônicas não Transmissíveis, como o câncer de pulmão, aumentou em 14% nos últimos dez anos. O DCNT contabilizou isquêmica do coração (DIC); pulmonar obstrutiva crônica (DPOC); os cânceres de pulmão, traqueia e brônquios, atribuíveis ou não à poluição do ar em homens e mulheres de todas as idades no Brasil nos anos de 2006 e de 2016. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45500-mortes-devido-a-poluicao-aumentam-14-em-dez-anos-no-brasil>. Acesso em: 6 set. 2019.

²³⁷O Regime Geral de Previdência Social possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Atualmente é regido pela Lei n. 8.213/1991 e respectivas alterações. A modificação de um sistema voluntário para um sistema coercitivo de contribuições sociais pode ser bem observada na regulamentação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços. A Lei n. 5.107/66, que criou o Fundo

fundamental do Paternalismo Forte é a ingerência coercitiva no âmbito da autonomia individual.²³⁸ No Paternalismo Forte, há previsão normativa de restrição expressa e ostensiva quanto ao comportamento que se pretende regular. Não existem, portanto, margem de opções acessíveis ao destinatário da norma.

Em *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Conly²³⁹ apresenta um conjunto de justificativas que contestam a intervenção fraca do Paternalismo Libertário em virtude da sua inefetividade. Segundo seus argumentos, as pessoas são conscientes das escolhas ruins e mesmo assim incidem no erro, por isso recomenda uma abordagem mais eficiente, que oriente escolhas mediante critérios objetivos de legalidade determinadas ações ilegais.

A autora americana admite severas restrições sobre a liberdade inerentes à formação das escolhas, suprimindo, inclusive, o direito de errar e aprender com o próprio erro.²⁴⁰ A impossibilidade de aprendizagem decorrente das escolhas equivocadas é criticada por Taleb²⁴¹:

Na verdade, por um mecanismo (tecnicamente chamado de dilema viés-variância) invariavelmente obtemos melhores resultados cometendo “erros”, como quando o atirador aponta ligeiramente para longe do alvo ao disparar. Mostrei em *Antifrágil* que cometer alguns tipos de erros é a coisa mais racional a fazer, quando os erros são de baixo custo, pois eles levam a descobertas. Por exemplo, a maioria das “descobertas” médicas é acidental. Um mundo livre de erros não teria penicilina, nem quimioterapia... quase nenhum medicamento, e muito provavelmente nenhum humano. É por isso que tenho sido contra o Estdo nos ditando o que “deveríamos” estar fazendo: somente a evolução sabe se a coisa “errada” está realmente

de Garantia do Tempo de Serviço, permitia a adesão ao regime por opção do empregado. Tal liberalidade foi revogada e a retenção obrigatória de parte do salário do empregado para constituir o Fundo foi instituída pela Lei n. 7.839/1998, atualmente regido pela Lei n. 8.036/1990.

²³⁸HODSON, J. D. The Principle of Paternalism. *American Philosophical Quarterly*, v. 14, p.61-69, jan. 1977. p. 64.

²³⁹CONLY, S. **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 1.

²⁴⁰Joshua Wright e Douglas Ginsburg listaram severas restrições da liberdade e autonomia individual pela aplicação do direito e da Economia Comportamental, que incluem além de formas sutis de controle, a coerção explícita que influenciam direta e indiretamente o rol de opções disponíveis ao agente social, chegando, inclusive, ao patamar da penalização da escolha própria em prejuízo das opções informadas pelo planejador central. In: WRIGHT, J.; GINSBURG, D. Free to Err?: Behavioral Law and Economics and its implications for liberty. **Law and Liberty**, 16 fev. 2012. Disponível em: <https://www.lawliberty.org/liberty-forum/free-to-err-behavioral-law-and-economics-and-its-implications-for-liberty/>. Acesso em: 6 set. 2019. Cf. FERGUSIN, A. Nudge, Nudge, Wink Wink: Behavioral Economics—The Governing Theory of Obama’s Nanny State. **Time Magazine**, n. 19, 26 abr. 2010, em que o Autor aponta fortes críticas à administração de Barack Obama como o *dream team* do comportamentalismo, que realizaria os desejos de transformação silenciosa e paternalista da sociedade americana. Disponível em: <http://www.weeklystandard.com/nudge-nudge-wink-wink/article/433737>. Acesso em: 9 dez. 2017.

²⁴¹TALEB, N. **Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 262.

errada, desde que estejamos arriscando a própria pele para permitir a seleção.

Para Zingales²⁴², a proteção do consumidor contra seus próprios erros acaba por eliminar o incentivo a fazer escolhas com atenção, que na visão do autor é um dos pilares da economia de mercado. Ao comentar a obra de Conly, Araújo²⁴³ afirma que a autora americana reconhece a impopularidade das restrições individuais, todavia o custo de evitar um mal social maior justifica a restrição da liberdade individual, pois, se:

[...] as pessoas não são capazes de tomarem as melhores decisões para si mesmas, é válido abrir mão da autonomia para obter maiores ganhos em cenários melhores (em que as opções ruins foram eliminadas).

[...]

O governo deve assegurar, por meio da legislação, que os cidadãos estejam protegidos uns dos outros. Assim como, através do uso do paternalismo coercitivo por meio das leis, garantir que as pessoas façam aquilo que é bom para elas. A determinação da proibição de uma ação ou de um bem, deve ser definida, argumenta Conly, através de uma ponderação de custo benefício que inclua, inclusive, a mitigação da privacidade, uma vez que o governo deve legislar bem e proteger as pessoas delas mesmas, sendo a quantidade de informações importante para tanto, apesar de poder gerar violações de direito. Conly ainda critica Mill, ao argumentar que a garantia da liberdade não deve ser entendida como um argumento contrário ao paternalismo, uma vez que este se explica como um fim em si mesmo. Ou seja, uma vez que a liberdade passa a constituir empecilhos para um determinado fim, ela deixa de ser plausível. Destaca, ainda, que embora Stuart Mill entenda que o governo deva prevenir que o sujeito provoque danos à terceiros, proteger o indivíduo de si mesmo também constitui uma forma de proteção à sociedade.

Em resumo, é uma análise de custos e benefícios decorrentes da proibição – em um primeiro momento – ao campo da liberdade individual. Em anotação a obra de Conly, Kanayama²⁴⁴ cita que a restrição da autonomia individual, proposta pela autora americana, tem o mesmo efeito prático dos incentivos propostos pelo paternalismo libertário, porém com menores custos.

Não obstante isso, Kanayama²⁴⁵ pontua a forte tendência restritiva no campo

²⁴²ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: Bei Comunicação, 2015. p. 138.

²⁴³ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan/jul. 2016. p. 156-157.

²⁴⁴KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013. O mesmo comentário sobre a obra de Sara Conly, sobre a ideia de efetividade e custos de proibição, pode ser visto *in* OLIVER, A. Assessing social care policy through a behavioral lens. **Mind & Society**, Londres, n. 17, p. 39-51, mar. 2019.

²⁴⁵KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013.

das liberdades individuais proposta pelo paternalismo coercitivo. Resumidamente, o Paternalismo Forte, proposto por Conly, trata de intervir ostensivamente em comportamentos no âmbito das escolhas privadas, ainda que tais escolhas sejam preponderantemente restritas ao campo da individualidade e do consensualismo.

Já para o Paternalismo Libertário, também chamado de fraco ou *soft*, o efeito dissuasório de regras coercitivas pode coexistir com mecanismos de incentivos, ou até mesmo substituí-los. Isso ocorre por meio do manejo de instrumentos que concedem ao próprio indivíduo a operação da escolha. Segundo Araújo²⁴⁶, “Sustein e Thaler partem da união de duas teorias políticas aparentemente contraditórias: o paternalismo e o liberalismo” e arremata afirmando que²⁴⁷:

[...] julgando que a combinação de ambas permite o relaxamento do primeiro termo, os autores acreditam que a possibilidade de direcionamento de decisão, no entanto, não é perdida. Assim, sem utilizar de ferramentas coercitivas e intrusivas, criam o modelo de Paternalismo Libertário. O Paternalismo Libertário não prevê um aumento maciço do tamanho ou do poder do Estado, mas sim uma melhora de seu funcionalismo através da simplificação. De forma que, sem a necessidade de grandes mudanças nas funções atuais do Estado, o governo possa se tornar mais efetivo, menos contra produtivo, menos confuso e mais simples.

A partir disso, inúmeras derivações teóricas se desdobraram sobre os conceitos gerenciais de tomadas de decisão em cenários de restrição, satisfação, formação de preferências e incentivos comportamentais.²⁴⁸

Conforme já mencionado, a racionalidade deveria ser compreendida como uma ação condicionada por fatores além da utilidade expressada pelo agente econômico no momento da escolha. Aspectos de natureza cultural ou mesmo questões puramente subjetivas são essenciais para entender o contexto da formação

²⁴⁶ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-148, jan/jul. 2016. p. 58.

²⁴⁷ARAÚJO, M. F. M. Estado e Individualidade: as novas tendências de ação do Estado no comportamento... p. 58.

²⁴⁸Cf. STERN, P. C. Environmentally significant behavior in the home. In: LEWIS, A. (org.). **The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 373. Para Cappellin e Giulliani as principais críticas sobre a Teoria da Racionalidade, fundadas nas condicionantes exógenas e conjunturais das escolhas humanas, foram estabelecidas na trilogia de Jon Elster. Segundo os Autores as três obras fundamentais são *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality* (1979), *Sour grapes: studies in the subversion of rationality* (1983) e *Solomonic judgements* (1989). No segundo livro é que se encontram de maneira mais evidente as reflexões acerca dos condicionantes objetivos exógenos e a formação das preferências. Cf. CAPPELLIN, P.; GIULLIANI, G. M. A racionalidade, a cultura e o espírito empresarial. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília (DF), v. 17, n. 1, p. 123-152, jun. 2002. p. 135.

das prioridades individuais em situações de incerteza.^{249 250}

A obediência estrita dos comandos normativos tradicionais – fórmula geral – pode não ser o mecanismo mais eficiente de regulamentação. Logo, a norma geral, abstrata e coercitiva (Paternalismo Forte) pode, a depender do contexto, não ser a melhor opção de regulação. Hábitos e costumes são elementos fundamentais durante o processo de formação das preferências. O consumo diário de bens e produtos é muito mais influenciado pelo hábito do que pela escolha consciente e racional.²⁵¹ Por esse motivo ganhou força a investigação sobre padrões individuais de consumo e de como pessoas respondem aos incentivos ambientais contingentes ao processo de escolha.²⁵² Isso é fundamental para decidir qual instrumento de persuasão ou coerção poderá compor o programa político a ser implementado: paternalismo em sua concepção forte ou fraca.

Para as situações que as políticas públicas são implementadas pela aplicação de conjuntos de atos administrativos – característica muito peculiar dos incentivos – Bucci²⁵³ afirma que:

[...] todas essas situações são, até certo ponto, modalidades de *sofft law*, isto é, situações em que a atuação do direito se faz não pela coação estatal (a violência legítima weberiana), mas ela indução à ação pré-definida. Trata-se do “Estado-incidentador” a que alide Charles-Albert Morand, em *Le droit Neo Moderne des Politiques Publiques*.

Ao tratar de tais opções, o planejador central deve ter em mente as condições sob as quais as pessoas farão suas escolhas. Ao desenhar um plano prévio de alternativas, o formulador de políticas públicas deve ampliar a liberdade das escolhas sem, contudo, influenciar os motivos determinantes ou a finalidade da ação. Por isso a divisão metodológica entre Paternalismo Forte e Fraco pode ser também distinguida

²⁴⁹STERN, P. C. Environmentally significant behavior in the home. *In*: LEWIS, A. (org.). **The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 375.

²⁵⁰Cf. MOREIRA, A. S. **Um estudo transcultural da relação entre valores e o significado do dinheiro para indivíduos**. Brasília. Tese de Doutorado defendida no programa de Psicologia da Universidade de Brasília. 2000

²⁵¹STERN, P. C. Environmentally significant behavior in the home... p. 375

²⁵²ARIELY, D. **Positivamente Irracional**. São Paulo: Campus, 2010. p. 164. Cf. HANSON, J. D.; KYSAR, D. A. Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation. **New York University Law Review**, v. 74, n. 3, p. 630-749, jun. 1999. Cf. DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 586.

²⁵³BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 21.

quanto ao momento da intervenção.

Para Sustain²⁵⁴, a divisão quanto ao momento de intervenção é clara. Se se busca restringir a finalidade da conduta, o paternalismo é forte. Por outro lado, se o instrumento de adequação passa por influenciar os meios da ação, com vistas a orientar escolhas, o paternalismo é fraco. Por exemplo, quando o ordenamento jurídico determina que as pessoas acima de 70 (setenta) anos podem se casar somente no regime de separação total de bens, o planejador central definiu a finalidade própria da ação e o comportamento que socialmente se deseja conformar. Logo, o paternalismo adotado pelo sistema de regras é forte.²⁵⁵ Contudo, quando a norma possibilita contrair casamento optando por um rol de regimes anteriormente definidos na legislação, não é o comportamento finalístico da ação que é controlado, mas sim os seus meios. Portanto o paternalismo neste caso é chamado fraco, *soft* ou *light*.

O planejador central amplia o rol de escolhas, delegando parcela de liberdade àquele grupo específico destinatário da norma sem, no entanto, fechar as portas para outros regimes de administração de bens do casamento. Kanayma²⁵⁶ afirma que no Paternalismo Libertário a liberdade de escolha é preservada em alguma medida “[...] sem alterar incentivos econômicos ou proibir ou impor alternativa, visando ao alcance da escolha satisfatória, considerada aquela que traga maiores benefícios coletivos e individuais.”

A gradualidade da intervenção denota o grau do paternalismo aplicado, seja uma norma positiva unicamente, seja parte de um grupo de elementos normativos com potencial de formar uma política pública. Para a presente pesquisa, compete analisar a medida do paternalismo pelo viés jurídico quando elemento de um conjunto de medidas institucionalizadas e juridicamente concatenadas. Como diz Bucci²⁵⁷:

[...] uma outra diretriz consiste em estudar, pelo prisma jurídico, as políticas públicas de implementação do direito à saúde, à educação, à assistência social, à segurança pública, e outras, por meio de comparações entre a

²⁵⁴SUSTEIN, C. **Why Nudge?** The Politics of Libertarian Paternalism. Londres: Yale University Press, 2012. p. 19.

²⁵⁵Artigo 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro.

²⁵⁶KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013.

²⁵⁷BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

institucionalização de cada uma delas e análise das estratégias jurídicas de conformação e implementação, identificando modelos de intervenção, com base na observação das experiências concretas. Assim como se fala em uma economia da educação, economia da cultura, falar-se-ia num direito da educação, direito da saúde, direito da cultura e assim por diante.

[...]

A tônica não recairia mais sobre o direito subjetivo, o acesso ao direito --- ter oportunidade de se educar ou não, ter acesso aos benefícios da assistência à saúde ou não --- mas ao modo de organização das estruturas jurídicas, internas ao Estado ou mediadas por ele (no sentido de sujeitas, com maior ou menor intensidade, à sua órbita jurídica), que fazem eficaz o exercício do direito.

No plano público, o Paternalismo Libertário conectado ao aumento do bem-estar apresenta uma justificativa sistêmica para buscar a implementação de índices de bem-estar. A missão constitucional permite que tal função seja prioritariamente estabelecida pelo desenhista dos incentivos públicos. Todavia, importantes ressalvas devem ser pontuadas para distinguir o aproveitamento da Economia Comportamental por entes públicos e entes privados, como a própria natureza da intervenção e suas estruturas jurídicas de aplicação.

3.2 PATERNALISMO LIBERTÁRIO PÚBLICO E O SETOR PRIVADO

As instituições privadas fazem disposições prévias de seus produtos e serviços sob a lógica dos mercados. A ordem das opções que são colocadas à escolha do consumidor busca, sobretudo, maximizar seus lucros. Essa forma de apresentação de bens e serviços, em inúmeros exemplos, demonstra que a utilização de elementos de Psicologia e Economia Comportamental podem dinamizar a oferta, de forma a influenciar o processo cognitivo de escolha do consumidor. A forma de apresentação e disposição dos produtos nas prateleiras é o exemplo mais prosaico desse tipo de mecanismo sugestivo.

Influenciar a preferência das pessoas é característica elementar nas dinâmicas de trocas voluntárias do mercado. Horta²⁵⁸ cita inúmeros exemplos de incentivos comportamentais em ofertas privadas:

[...] há vários outros exemplos oriundos da iniciativa privada: fabricantes de automóveis europeus, em softwares de compra online, exibem como “default”

²⁵⁸HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 656. Cf. DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 584.

para os clientes modelos de veículos com maior número de acessórios – para montar o modelo mais simples, o cliente precisa retirar os acessórios. Em média, isso induziu que o valor médio das vendas subisse em U\$ 1.500, sem diminuição na satisfação do cliente. A indústria de software usa com frequência configurações “default” de seus programas, e somente clientes mais persistentes querem – ou conseguem – acessar outras opções de configuração. Para um resumo das diversas estratégias que empresas podem utilizar com arquitetura de escolhas por meio do “default”.

Conduzir as pessoas a fazerem escolhas é próprio da natureza econômica.²⁵⁹ É a gênese da ideia de mão invisível, metáfora extraída do pensamento de Smith²⁶⁰ em *Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas riqueza das Nações*. Desde que não haja logro, é admissível que compradores e fornecedores se relacionem até certo nível de convencimento recíproco. Desde muito tempo essa prática do convencimento mútuo é estimulada no ambiente privado. Para Sustain²⁶¹, o hábito saudável que evita as práticas tabagistas ou mesmo dietas desreguladas, por exemplo, são também fruto de uma arquitetura própria, fruto da ação espontânea de comunidades, instituições não jurídicas e regras sociais. Cabe, entretanto, fazer uma distinção elementar sobre a diferença entre o ambiente de trocas voluntárias e a arena da sujeição administrativa própria ao regime de Direito Público.

Para Lima²⁶² essa relação jurídica se denota “quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos parece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”. Ainda, “a administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam”.²⁶³

Por sua vez, o setor privado opera em lógica completamente diversa, baseada fundamentalmente na realização dos interesses autônomos, independente das causas psicológicas ou físicas que originaram esse interesse. Ainda assim, mesmo que a lógica das relações privadas se realize por via do auto interesse, ao contrário da relação de sujeição administrativa, não se pode perder de vista a possibilidade de manipulação das vontades que ultrapassa o natural processo de convencimento. Não é raro notar consumidores traídos pela ausência de informação ou pelo equívoco de

²⁵⁹EPSTEIN, R. Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 73.1, p. 111-132, 2006.

²⁶⁰SMITH, A. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

²⁶¹SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017, p.199.

²⁶²LIMA, R. C. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 52.

²⁶³LIMA, R. C. **Princípios de Direito Administrativo**... p. 85.

avaliação dos processos de escolha.²⁶⁴

Nota-se, portanto, que tanto no ambiente público quanto na esfera privada a premissa do Paternalismo Libertário permanece a mesma: os indivíduos não são os melhores árbitros de suas decisões, sobretudo quando submetidas a esquemas de armadilhas, ou *phishing*.²⁶⁵ Zingales²⁶⁶ segue no mesmo sentido, afirmando que:

[...] a maioria dos seres humanos (me incluo entre eles) é demasiadamente otimista em relação à própria capacidade de pagar as contas em dia. Desse modo, esquece de cancelar assinaturas indesejadas que são renovadas automaticamente, tende a ser positivo demais em relação as finanças futuras, e assim por diante. Essas fraquezas humanas não deveriam resultar em grandes perdas financeiras se as empresas não as explorassem sistematicamente.

É inegável que as manipulações realizadas pelo setor privado têm implicações no contexto social. Veja-se o problema do superendividamento, por exemplo, “consumidores são influenciados por campanhas de marketing que visam desencadear um aumento excessivo do otimismo”, afirma Daura.²⁶⁷ O autor prossegue: “deve ser um fato a ser considerado em uma legislação que visa à proibição da publicidade agressiva como forma de prevenir o superendividamento ou para a elaboração de uma política pública educativa.”²⁶⁸

É tênue a definição do que configura manipulação fraudulenta de processos cognitivos e a utilização lícita de mecanismos de neuromarketing para influenciar consumidores. Por esse motivo, novos debates acerca dos processos de persuasão do consumidor ganham relevância no meio jurídico. Para Gardner²⁶⁹:

²⁶⁴O termo em inglês *phishing* foi veiculado pela em 1996 para designar o ato de perpetrar fraudes pelo uso da internet, afim de capturar informações pessoais de usuários que acreditavam nas propagandas de determinado produto ou serviço. Ao ampliar o termo para a questão econômica, Akerloff e Shiller desenvolveram a tese da Economia da Manipulação e da Fraude, sugerindo a reformulação do papel do governo para coibir efetivamente lucros advindos da exploração de fraquezas mentais *in* AKERLOFF, G. A.; SHILLER, R. J. **Pescando Tolos, a economia da manipulação e da fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 183.

²⁶⁵*Phishing* é a expressão americana que designa uma armadilha para capturar interesses, “pescar”; na maioria das referências é uma alusão à ideia captação ilícita e fraudulenta.

²⁶⁶ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: Bei Comunicação, 2015. p. 137.

²⁶⁷DAURA, Samir Alves. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n.º 2, p. 584, ago. 2017.

²⁶⁸DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento... p. 584.

²⁶⁹GARDNER, D. M. Deception in Advertising: A Conceptual Approach. **Journal of Marketing**, v. 39, n. 1, p. 40-46, jan. 1975. p. 42.

[...] se um anúncio (ou campanha publicitária) deixa o consumidor com uma impressão e/ou crença (s) diferente (s) do que normalmente seria esperado se o consumidor tivesse razoável conhecimento, e essa impressão e/ou crença é factualmente falsa ou potencialmente enganosa, então pode se dizer que existe logro.

Sustein e Thaler²⁷⁰ advogam a tese de que, caso o planejador central não faça uso do enquadramento das opções (*choice-framing*), é inevitável sua adoção por instituições privadas, como o mercado, por exemplo. Horta²⁷¹ apresenta similar sugestão como justificativa ética para a implementação do Paternalismo Libertário em políticas públicas:

[...] ora, se cada restaurante, operadora de cartão de crédito, agência de viagens ou plano de saúde se vale dessas ferramentas, a questão que se coloca, assim, é se poderia o Estado promover ativamente uma arquitetura de escolhas em prol de ideais tais como uma vida mais saudável para seus cidadãos, reduzir acidentes e incentivar comportamentos ambientalmente corretos.

Sobre a inevitabilidade de sugestões no mundo real, idêntica reflexão pode ser encontrada nos comentários de Miguel²⁷², que reconhece inexistir escolhas inteiramente livres de constrangimentos:

[...] o argumento de Sunstein é que não há escolha sem que haja uma arquitetura própria. Algumas opções aparecem antes de outras, algumas informações obtêm mais destaque. Há uma série de mecanismos psicológicos que fazem com que esses elementos condicionem escolhas que não passam necessariamente por um crivo racional. A alternativa, assim, não é entre uma escolha inteiramente livre de constrangimentos e outra, direcionada. É entre duas escolhas direcionadas diferentemente. O paternalismo governamental suave é justificado, se visa a favorecer opções que contribuam para a saúde pública ou a proteção do meio ambiente, já que não limitaria a liberdade individual, ou, pelo menos, não mais do que ela estaria restrita em qualquer outra condição de escolha.

Se os mercados podem influenciar cognitivamente as preferências, em razão de serem hábitos sociais referentes ao consumo que podem se adaptar na medida em que o modo de apresentação das preferências é colocado, é lógico supor que o

²⁷⁰SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. **Civilistica.com. Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-47, 2015. p. 7. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁷¹HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o "Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 656.

²⁷²MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, v. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015. p. 613.

ente público pode fazer o mesmo para corrigir eventuais abusos, como sugere Horta em comentário à Sustain²⁷³:

[...] diante desse conjunto de descobertas, Cass Sunstein (2014, p. 17) sugere que, tal como existem as clássicas “falhas de mercado” da literatura econômica, existem as “falhas comportamentais de mercado”. E, tal como o Estado deve agir para corrigir as falhas tradicionais do mercado, deve a regulação estatal promover ajustes nas falhas comportamentais. Quando não se causa prejuízo aos indivíduos, deve o Estado se valer dos “nudges” – formas de indução de comportamento, ou, literalmente, de “dar empurrões” – para incentivar certas condutas.

A atividade regulatória do Estado aumenta na medida em que é chamada para combater a ineficiência das escolhas privadas viciadas por erros de avaliação de natureza cognitivos. Logo, se parcela das preferências reveladas pelos indivíduos é influenciada pela ordem de disponibilização dos produtos e serviços, a própria ideia de preferência prévia e livre está comprometida formalmente.²⁷⁴ Nessa mesma senda, se os mercados podem efetivamente influenciar as pessoas para optar por aquilo que realmente não desejam ou precisam, não há motivo para que não se reconheça a legitimidade estatal no sentido de influenciar comportamentos, apresentando alternativas que os indivíduos realmente querem, embora não o saibam.

De toda forma, alguns questionamentos permanecem. Isto porque essa mesma legitimidade estatal – com base no propósito de aumentar as condições de bem-estar – pode violar em algum momento a liberdade de escolha. Se existem muitas formas de apresentar opções e alternativas ao indivíduo, pode-se questionar quais são os parâmetros para o acolhimento da Economia Comportamental em políticas públicas. O tempo, o local e o motivo da aplicação dos incentivos devem ser suficientemente claros para evitar abusos por parte do poder público.

Há que ponderar sobre a legitimidade de substituir o ambiente de ordem espontânea (mercados) por um ambiente de manipulação regulatória (Estado). Hayek²⁷⁵ já havia notado com propriedade essa diferença entre abordagens e seus

²⁷³SUSTEIN, Cass 2014 *apud* HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017.

²⁷⁴A Economia da Identidade é campo de estudos que tem ampliado a investigação sobre como as ações humanas – assim como as escolhas e preferências – são frutos da psicologia narrativa: a história que as pessoas contam para si mesmas reforçam sua percepção do mundo e influenciam as escolhas mais do que a formação do preço, por exemplo. A criação de bolhas especulativas decorrentes de falsas narrativas é um bom exemplo desse fenômeno e foram tratadas em SHILLER, R. J. **Irrational Exuberance**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 118.

²⁷⁵HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Editora Visão, 1983. p. 74.

efeitos sobre a definição dos limites da intervenção no campo das liberdades individuais. Para ele:

[...] na era do rádio e da televisão, o problema do livre acesso à informação não é mais um problema de liberdade de imprensa. Numa era em que técnicas psicológicas podem ser usadas para controlar as ações dos indivíduos, o problema do livre controle do nosso corpo não é mais uma questão de proteção contra restrições de ordem física.

Justificada pela tese do Paternalismo Libertário, a Economia Comportamental como instrumento de políticas públicas apresenta a condição ideal para manipular mecanismos psicológicos e coordenar ações humanas. Não obstante, ele engloba em suas propostas um conjunto de elementos tão diversos, por vezes contraditórios, que algumas aplicações em busca do bem-estar podem violar a liberdade privada e a autonomia individual, mesmo quando a busca pelo bem-estar seja desejável. Daí que o enquadramento das opções (*choice-framing*) realizado pelo Estado-planejador precisa ser analisado caso a caso. Quando um agente do mercado se propõe a disponibilizar produtos ou serviços e para isso estuda a melhor forma de apresentá-los a potenciais compradores, a instituição privada está submetida às regras de mercado. O Estado não se submete a tal constrangimento.

O neuromarketing e a propaganda são destinados a convencer o consumidor acerca das qualidades de determinado produto ou serviço.²⁷⁶ Certamente, aqueles mais exitosos ao manejar as estruturas de persuasão colherão ganhos econômicos decorrentes do exercício de sua atividade empreendedora. Tais regras de competição são inerentes à atividade econômica e estimulam a troca livre de interesses, que por sua vez estimula a criação e o desenvolvimento econômico.

Ao desenhar o enquadramento das opções no âmbito do Paternalismo

²⁷⁶Para Lee, Broderick e Chamberlain o neuromarketing é a aplicação de métodos neurocientíficos para compreender o comportamento de consumo e as trocas de Marketing. LEE, N.; BRODERICK, A. J.; CHAMBERLAIN, L. What is “neuromarketing”? A discussion and agenda for future research. **International Journal of Psychophysiology**, v. 63, n. 2, p. 199-204, 2007. Para Lindstrom, o neuromarketing é a compreensão dos fenômenos subconscientes que determinam o consumo, ver LINDSTROM, M. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 13. A psicologia do consumidor é definida pela Divisão 23 da American Psychology Association (APA), como estudo da relação dos indivíduos com os produtos e serviços que adquirem ou usam, e as respostas psicológicas e comportamentais que tem espaço no exercício do consumo. Disponível em: <https://www.apa.org/about/division/div23>. Acesso em: 22 ago. 2019. Vera Rita de Mello Ferreira cita um rol extenso de publicações dedicadas a promover o estudo das relações de consumo e suas manifestações neurocomportamentais, entre as principais o *Journal of Consumer Psychology* e o *Journal of Consumer Research*. In FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 76.

Libertário, o poder público não é pautado por nenhuma forma de força típica dos mercados. Se o desenho das opções se mostra equivocado, o Estado não estará fora do sistema de concorrência por insucesso estratégico ou erro de gestão. Até por isso, os riscos de utilização desmesurada dos mecanismos de indução comportamental aumentam em prejuízo direto e proporcional à liberdade de escolha.

Não é exagero supor, ainda, que mecanismos de influência com base no Paternalismo Libertário possam auxiliar grupos políticos a atingir interesses escusos. Sustain²⁷⁷ admite, inclusive, que as ferramentas de manipulação comportamental podem ser usadas para finalidades censuráveis, especialmente em regimes totalitários. Como exemplo, o autor americano cita a utilização de *nudging* para promover programas de ódio racial, violência física e crimes contra a humanidade.²⁷⁸ Esse quadro cético sobre as boas intenções do ente governamental dá suporte à Teoria da Escolha Pública.

Resumidamente, a Teoria da Escolha Pública reforça a abordagem cética quanto as motivações altruístas daqueles que ocupam funções públicas. Para Buchanan e Tullock²⁷⁹, principais autores dessa escola de pensamento, nada difere o homem público do cidadão médio na busca pela satisfação dos interesses particulares. Para Tullock²⁸⁰, as intervenções governamentais devem substituir os

²⁷⁷SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 24.

²⁷⁸Ariely ilustrou em seu blog como o enquadramento noticioso (*framing*) pode influenciar a vontade popular. Na imagem reproduzida no Anexo A aparece uma cédula de votação com os seguintes dizeres “Você concorda com a reunificação da Áustria com o Reich Alemão, que foi promulgada em 13 de março de 1938 e você vota no partido de nosso líder? Adolf Hitler?” (Tradução do autor). Sequencialmente o espaço para anotação da alternativa “sim” aparece no campo maior para marcação, ao passo que a alternativa “não” aparece no campo menor. A pergunta submetida a votação é também manipulada como uma clássica figura sofisticada, a *petitio principii*, que consiste em dar implicitamente por demonstrado aquilo que se deseja confirmar. Como a reunificação da Áustria era dada por “petição de princípio” na formulação da pergunta, somente a figura de Hitler representaria o voto dos “unificadores”. Uma análise mais detida sobre esse mecanismo comportamental demonstraria que o argumento não era uma *petitio principii*, pois dele não se obtém automaticamente a conclusão desejada pelo proponente da pesquisa, mas somente a formulação do problema que se quer debater, no caso a eleição do representante a despeito da candidatura de Adolf Hitler. Cf. Anexo A. In ARIELY, D. **Hitler and Nudge**. Out., 2010. Disponível em: <http://danariely.com/2010/10/05/hitler-nudge/>. Acesso em: 4 abr. 2019.

²⁷⁹BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Collected works of James M. Buchanan. Publicado originalmente: Ann Arbor: University, of Michigan Press, 1962. v. 3. No mesmo sentido cf. BUCHANAN, J. M. Public Choice: Politics Without Romance. **Policy, The Centre for Independent Studies**, v. 19, n. 3, primavera 2003. Ver também BUTLER, E. **Escolha pública: um guia**. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. p. 26. Expoente do ceticismo quanto a idoneidade dos objetivos políticos de programas públicos Cf. OSTROM, E. The Quest for Meaning in Public Choice. **American Journal of Economics and Sociology**, Special Invited Issue: The Production and Diffusion of Public Choice Political Economy: Reflections on the VPI Center, v. 63, n. 1, p.105-147, jan. 2004.

²⁸⁰TULLOCK, G.; SELDON, A.; BRADY, G. L. **Falhas de Governo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 22.

arranjos privados quando o custo de os obter for maior do que o potencial dano decorrente de qualquer processo decisório individual.

Afora as críticas próprias da Ciência Política Econômica – acerca de uma política pública paternalista que se propõe libertária –, há também críticas de natureza regulatória, voltadas para uma análise consequencialista. Em 1975, Peltzman²⁸¹ indicou que regulamentações governamentais podem apresentar consequências não intencionais. Por exemplo, a obrigatoriedade do uso de cinto veicular pode diminuir as mortes causadas por acidentes de trânsito. Contudo, a sensação de segurança estimulada pode ser determinante para aumentar o número global de acidentes com terceiros.²⁸²

A aplicação da Economia Comportamental em Políticas Públicas demonstra que o ajuste governamental de preferências não é isento de impacto e pode, por fim, assemelhar-se em intensidade aos mesmos mecanismos do Paternalismo Forte. O enquadramento (*framing*) de qualquer modelo de opções é formulado com base na escolha do método comunicativo, o que implica escolher um mecanismo narrativo e excluir os demais²⁸³:

[...] enquadrar é selecionar alguns aspectos de uma realidade percebida e fazê-los mais salientes em um texto comunicativo, de forma a promover uma definição particular do problema, uma interpretação casual, uma avaliação moral e/ou uma recomendação de tratamento para o item descrito.

Existe, portanto, uma relação peculiar entre o enquadramento das alternativas que se quer realizar e o resultado final que se pretende obter com qualquer política de formatação dos comportamentos. Sabe-se, portanto, que as preferências são influenciáveis e podem, sob determinadas condições, serem dirigidas para um determinado fim político.

É comum que as pessoas apresentem dificuldade em resolver inconsistências entre emoções e racionalidade e se preocupem com uma intensidade desproporcional em relação ao risco real e risco imaginado.²⁸⁴ A avaliação racional do risco pelo agente

²⁸¹PELTZMAN, S. The Effects os Automobile Safety Regulation. **Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, p. 677-726, ago. 1975.

²⁸²Cf. SHIKIDA, C. Efeito Peltzman. *In*: RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H.; KLEIN, V. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 37.

²⁸³ENTMAN, R. Framing: toward clarification of a fractured paradigm. **Journal of Communication**, New York, v. 43, n. 4, p. 52-58, dez. 1993. p. 52,

²⁸⁴Cf. SLOVIC, P.; FISCHHOFF, B.; LICHTENSTEIN, S. Rating the Risks. **Enviroment Magazine**, v. 21, n. 3, abr. 1979.

da escolha e a ponderação de resultados estatísticos são frequentemente colocados em segundo plano, especialmente quando sentimentos como medo e perigo são priorizados no enquadramento noticioso.²⁸⁵ A percepção de fatores de risco é uma análise subjetiva do nível de ameaça potencial de determinada atividade, seja ela natural ou de origem humana. A adequada ponderação de riscos não é acessível de forma automática ao conhecimento humana intuitivo.

A avaliação científica do risco, por outro lado, está sempre conectada com probabilidades de ocorrência objetivas, fundamentada na expectativa matemática que valora uma série de repetições de operações bem-sucedidas e malsucedidas. Este cálculo é submetido à quantificação de perdas potenciais, o que revela o nível de gravidade do risco.²⁸⁶ Indivíduos em situação de incerteza levam em consideração a percepção do risco e não a avaliação deste; respondem ao risco que elas percebem e não àquele provável fundado em análises comparativas.

Por exemplo, a dissonância cognitiva sobre o medo de avião é produto de uma análise subjetiva e falsamente ponderada sobre os riscos do transporte aéreo. Isso porque as tragédias envolvendo aviões causam muito impacto no imaginário popular. A percepção popular sobre a utilização da energia nuclear é fruto também dessa falsa associação entre sensação de risco e avaliação de risco.²⁸⁷

Se por um lado os comportamentalistas sustentam que as pessoas não têm preferências previamente estabilizadas²⁸⁸, por outro lado a literatura não estabeleceu com clareza onde e quando é necessária a intervenção regulatória para corrigir esses desvios. No caso dos tratamentos de alto risco e o que se convencionou tratar por paternalismo médico, nenhuma regulamentação existe.

Há, todavia, crescente literatura científica sobre os efeitos provocados pelo enquadramento noticioso no processo decisional.²⁸⁹ A principal objeção dos críticos se levanta quanto ao pressuposto básico da Economia Comportamental de que não existe externalidade negativa quando melhores opções são estimuladas.²⁹⁰ Em

²⁸⁵Cf. REDELMEIER, D. A.; ROZIN, P.; KAHNEMAN, D. Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives. **JAMA**, v. 270, p. 72-76, jul. 1993.

²⁸⁶LIMA, M. L. P. Percepção de Riscos Ambientais. In: SOCZKA, L. (org.). **Contextos Humanos e Psicologia Ambiental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 203.

²⁸⁷LIMA, M. L. P. Percepção de Riscos Ambientais...p. 203.

²⁸⁸LIMA, M. L. P. Percepção de Riscos Ambientais... p. 207.

²⁸⁹Cf. MANDEL, D.R. Gain Loss Framing and Choice: Separating Outcome Formulations from Descriptor Formulations., **Organizational Behavior and Human Decision Process**, v. 85, p. 56-76, maio 2001.

²⁹⁰MITCHELL, G. Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law. **William and Mary Law Review**, v. 43, n. 48, p. 1-134, abr. 2002.

resumo, os comportamentalistas afirmam que o enquadramento noticioso auxilia os indivíduos a mudar de um estado de irracionalidade ou racionalidade limitada para um estado de consciência (racionalidade), tornando-os aptos a escolher sem desvios cognitivos.

Não está claro, ainda, se a modificação da preferência estimulada psicologicamente por incentivos governamentais não é a simples substituição de um automatismo por outro. Muito menos claro é o efeito da utilização de tal expediente no processo de supressão do exercício das razões individuais. Ao mencionar a crítica dos legalistas, Mitchel²⁹¹ cita que as pessoas não pensam em termos de maximização das utilidades de forma objetiva e geral; segundo o autor, as pessoas avaliam o enquadramento noticioso de acordo como *status quo* que possuem no momento da decisão ou de um ponto de referência a partir do qual parametrizam os custos e benefícios das suas escolhas.

Para os indivíduos, importa realizar o cálculo de ganhos e perdas a partir de um ponto de referência que reputam confiável. Isso porque as pessoas tendem a realizar diferentes julgamentos considerando a percepção dos riscos envolvidos. Se a alternativa oferecida representa uma perda em relação ao *status quo* do agente, a tendência é de um comportamento mais conservador (*loss aversion*). Se, por outro lado, o enquadramento apresenta um ganho significativo, mesmo com menor probabilidade de acerto, a aversão ao risco diminui (*all in*).

A existência de impacto na formulação do enquadramento noticioso e a aversão às perdas ficaram demonstradas em um artigo publicado por Tversky e Kahneman, acerca do enquadramento das decisões e a psicologia das escolhas, de 1981. Os autores apontam hipóteses em que uma série de testes empíricos e ajustes aparentemente irrelevantes na formulação das escolhas causaram significativa mudança de preferência.²⁹²

Daura²⁹³ explica a modificação de paradigmas que Tversky e Kahneman lograram alcançar com a Teoria dos Prospectos, afirmando que:

²⁹¹MITCHELL, G. Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law. **William and Mary Law Review**, v. 43, n. 48, p. 1-134, abr. 2002.

²⁹²Cf. TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. The framing of decisions and the psychology of choice. **Science**, v. 211, p. 453-458, jan. 1981.

²⁹³HEUKELOM, Floris *apud* DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 576.

[...] uma das principais críticas da Teoria dos Prospectos em relação à Teoria da Utilidade esperada está na ausência de diferenciação, por parte da segunda, das funções entre a utilidade do ganho e a utilidade da perda. Isso se explica em virtude de a Teoria da Utilidade Esperada adotar como parâmetro a comparação entre níveis de riqueza, o que implica uma simetria entre perdas e ganhos. Para Kahneman e Tversky, a função valor é assimétrica, sendo os ganhos e as perdas observados com base em um ponto de referência. De acordo com os experimentos realizados, constataram os autores que, em relação aos ganhos, a função valor mostrou-se côncava, indicando uma aversão ao risco. De outro lado, quanto às perdas, a função valor mostrou-se convexa e mais suscetível ao risco. Sobre o ponto de referência (origem), a função valor é mais íngreme para as perdas do que para os ganhos. Em conclusão, tem-se que a perda é mais valorizada pelas pessoas do que os ganhos (aversão à perda), sendo esse estudo extremamente importante para futuras descobertas em Economia Comportamental, destacando-se a análise das decisões intertemporais, que tem sido retratadas como problemas cognitivos que afetam a tomada de decisão do consumidor, com especial relação com o superendividamento.

É certo que o aumento gradativo na busca pelo bem-estar social é uma meta a ser atingida pelos Estados voltados ao desenvolvimento socioeconômico e bem-estar. Ao fazer uso de novas tecnologias sociais, os planejadores centrais podem aprimorar a funcionalidade de instrumentos econômicos, desta feita desenhados com mecanismos cognitivos de incentivos. Por outro lado, setores afetos às escolhas individuais podem sofrer demasiada influência a partir do enquadramento das opções previamente elaboradas pelo órgão central de formulação. Reside neste específico ponto certa contradição entre os significados internos do Paternalismo Libertário.

Ao aumentar a margem de liberdade de escolhas pela eliminação de falhas comportamentais, a estrutura interna de uma medida que se denomina libertária é ela mesma constrangida pelo seu aspecto paternalista. De uma perspectiva etimológica dos significados isso pode aparentar uma contradição em termos. Essa contradição pode ser superada na medida em que os contornos da intervenção paternalista sejam adequadamente postos.

3.3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO E A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

De forma geral, o Paternalismo Libertário se define pela presunção de legitimidade que gozam as instituições públicas para influenciar o comportamento das pessoas.²⁹⁴ O pressuposto fundamental em que se assenta o Paternalismo Libertário

²⁹⁴SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. **Civilistica.com. Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-47, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e>

diz respeito à afirmação de que as pessoas não são livres para escolher. Invariavelmente, as escolhas pessoais são captadas por problemas cognitivos que as conduzem para escolhas equivocadas. O processo de formação de preferências não é livre e está incondicionalmente submetido à influência de algo ou alguém.

Desvios cognitivos fazem parte do contexto das escolhas humanas. Eles podem ser provocados de forma natural ou artificial. Podem decorrer tanto de um processo errado quanto ao exercício da escolha projetada no tempo, como o problema da miopia e os descontos intertemporais, quanto podem decorrer de um estímulo artificial, como a manipulação de cores em produtos de consumo. Resumidamente, parte-se da premissa que ninguém, na condição de membro de uma sociedade politicamente organizada, está plenamente livre para escolher.

No caso, em qualquer medida que se fale sobre o Paternalismo Libertário, o objetivo é reorientar as escolhas das pessoas mediante aplicação de incentivos. Portanto, a palavra “libertário”, no sentido político do termo, deve ser compreendida com ressalvas. Acolher o Paternalismo Libertário como justificativa ética da atividade regulamentar do ente público significa reconhecer, antes de mais nada, que ninguém é totalmente livre e que as escolhas francas não existem.

As preferências são construídas previamente ao momento de efetivação da escolha. As escolhas são construtos histórico-sociais, recortados por vieses e heurísticas capazes de prejudicar a escolha consciente. Esse é o primeiro pressuposto que permite o manejo de incentivos cognitivos em políticas públicas de matriz comportamental. O segundo pressuposto é a ausência de coerção. Ainda que existam certos ônus para o indivíduo que escolheu não efetivar a decisão nos termos propostos pelo planejador central, nenhuma – ou ínfima – sanção estaria prevista pela abstenção de decisão, a não ser aquelas próprias da escolha malsucedida. No caso dos tabagistas, por exemplo, não existe a proibição do consumo, mas a restrição para fumar em determinados lugares e o desestímulo causado pela tributação onerosa.

Os comportamentalistas sugerem que a busca pelo incremento do bem-estar supera em ganhos sociais os benefícios advindos da ampla e irrestrita liberdade de escolha. Com base em um dos exemplos citados, Sustein e Thaler²⁹⁵ afirmam que

Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁹⁵SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. **Civilistica.com. Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-47, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

ninguém se oporia ao planejamento das escolhas pelo órgão regulador, desde que nesse campo de opções previamente definidos exista ainda espaço para o exercício da decisão final por parte do agente econômico – a chamada margem de liberdade de escolha.

É nesse sentido que o termo libertário é atribuído às propostas regulatórias do ente governamental. Certa parcela de liberdade é preservada na mesma medida em que as escolhas são induzidas pelo poder público. Daí que Susteain e Thaler²⁹⁶ propõem a adoção descritiva do termo paternalismo e não sua acepção axiológica. É paternalismo porque o planejamento das políticas públicas é realizado previamente por um planejador central. É libertário porque não elimina o rol de opções a serem levadas a cabo pelos indivíduos.

Apesar de tais justificativas, a utilização do vocábulo paternalismo para designar regulação e coordenação governamental tem sido criticado. Segundo Lobel e Amir²⁹⁷, paternalismo pode significar tanto a condução dos processos de escolhas no sentido de restringi-las, quanto no sentido de ampliá-las, o que denota uma contradição em termos. Aliás, o termo paternalismo pode inclusive ser utilizado para as regulamentações tradicionais de comando e controle, pois subscreve proibições sob a justificativa de atendimento do interesse público e incremento do bem-estar social. Portanto, designar qualquer proposta teórica por aquilo que ela não reflete permite a objeção de censura quanto à utilização do vocábulo libertário.²⁹⁸

A incoerência levantada pelos críticos do Paternalismo Libertário foi o principal motivo para que em 2003, Susteain e Thaler veiculassem a defesa da teoria mediante a publicação de dois artigos *Libertarian Paternalism*²⁹⁹ e *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*.³⁰⁰ O substantivo oxímoro é a combinação de palavras que apresentam sentidos opostos, que parecem excluir-se mutuamente, mas no contexto reforçam a

²⁹⁶SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. **Civilistica.com. Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-47, 2015. p. 8. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁹⁷LOBEL, O.; AMIR, O. Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy. **Columbia Law Review**, San Diego, v. 108, n. 09-006, p. 1-40, jan. 2009.

²⁹⁸MITCHELL, G. Libertarian Paternalism Is an Oxymoron. **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 3, p. 1245–1277, nov. 2004.

²⁹⁹SUNSTEIN, C. S.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, v. 93, n. 2, p. 175-179, jan. 2013.

³⁰⁰SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron... 2003.

expressão.³⁰¹

As razões expostas no artigo de Sustain e Thaler³⁰² não foram suficientes para poupar a Teoria do Paternalismo Libertário de novas críticas. Segundo os libertários, não há hipótese de aplicação das proposições do Paternalismo Libertário sem violação do pressuposto fundamental do liberalismo político: os indivíduos são os melhores tutores de seu próprio bem-estar.³⁰³

A incoerência em termos atribuída pelos críticos ao Paternalismo Libertário permite avançar a análise crítica sobre o étimo da palavra *pater*. A origem latina do termo remonta a ideia de pai, paterno. Inegável dissociar a raiz da palavra de todos atributos que formam o seu conteúdo e significado. De qualquer ação paternalista extrai-se o sentido de orientação, zelo, proteção de alguém em condições físicas ou psicológicas de vulnerabilidade.

Nesse sentido, é correlativo supor que o paternalismo governamental seja reconhecido pela proposta de orientar os indivíduos que manifestam comportamentos erráticos. Com essa perspectiva paternalista em vista, os críticos mais extremados sugerem que a tutela das escolhas – da mesma forma como um pai orienta seu filho – é totalmente dissociada de uma sociedade formada por cidadãos autônomos e conscientes de seus direitos e obrigações, dispensando um tratamento infantilizado ao cidadão.³⁰⁴

Supondo, portanto, que as pessoas não são como deveriam ser, a atitude paternalista pretende conformá-las àquilo que se deseja, ou, no plano da norma, ao dever-ser. Ausente, contudo, a coerção de outrora do paternalismo tradicional. Importante notar a mudança de abordagem que se opera ao conceber o Paternalismo Libertário como justificativa ético-política, sobretudo para aplicação da Economia Comportamental em políticas públicas.

Ao afastar a concepção racionalista do *homo economicus* como descrição do comportamento humano real, o poder público opera a modificação do fundamento lógico-argumentativo que marcou o desenvolvimento econômico ao longo do Século XX. A mudança de paradigma é reconhecida por Neto *et al*³⁰⁵, afirmando que:

³⁰¹Outros exemplos de oximoros: silêncio ensurdecador, guerra pacífica, mentiroso honesto etc.

³⁰²Cf. MITCHELL, G. Libertarian Paternalism Is an Oxymoron. **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 3, p. 1245–1277, nov. 2004.

³⁰³MITCHELL, G. Libertarian Paternalism Is an Oxymoron... p. 1246.

³⁰⁴LE GRAND, J.; NEW, B. N. **Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?**, Oxford: Princeton University Press, 132, 2015.

³⁰⁵CHAVAGLIA NETO, J.; FELIPE, J. A.; FERREIRA, M. A. M. **Neuroeconomia, Uma nova**

[...] por um lado, tem-se o *homo economicus* que é um ser advindo da capacidade do homem em tomar decisões econômicas baseados na realidade; em outros termos, o homem que sempre maximizará ganhos e minimizará perdas.

Por outro lado, tem-se o *homo neuroeconomicus*, ser baseado na capacidade limitada dos indivíduos em tomar decisões econômicas que venham a otimizar os resultados para si. Este modelo indica que as pessoas na maioria das vezes tomam decisões com base em informações incompletas, o que gera um viés cognitivo impedido que as pessoas – como sugre a ideia de *homo economicus* – tomem decisões que otimizam resultados. Muito pelo contrário, a proposto do *homo neuroeconomicus* indica que as emoções e sentimentos diversos influem de maneira significativa na tomada de decisão.

O homem racional não é o sujeito da política pública comportamental, porque o pressuposto da racionalidade, de liberdade absoluta segundo os próprios interesses, não se aplica nas hipóteses descritas pela Economia Comportamental. Conforme já demonstrado nos parágrafos anteriores, essa silenciosa mudança de paradigmas não se completa sem antes provocar uma significativa ruptura teórica. Em países de forte tradição liberal, a autonomia individual e a forte delimitação das interferências governamentais no âmbito privado são valores sociais relevantes no contexto político de formulação de leis. Em países de maior dependência do regulador central, em especial àqueles vocacionados pela ordem constitucional a prover melhorias nas condições de vida das pessoas, as interferências comportamentalistas tendem a encontrar menor objeção.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ARRANJOS INSTITUCIONAIS COMPLEXOS

A escolha do tema políticas públicas como parte do objeto analítico impõe a necessidade de convergir seu conteúdo jurídico com as demais definições possíveis no campo das ciências humanas, como a Ciência Política, a Sociologia, ou Administração Pública. Em termos sociológicos, não há como dissociar a compreensão de políticas públicas do conceito weberiano de ação social, uma vez que se trata, em suma, de interpretá-la e “explicá-la causalmente em seu curso e seus efeitos”, nas palavras do próprio Weber³⁰⁶.

As primeiras pesquisas acadêmicas sobre políticas públicas podem ser identificadas na obra de Lerner e Lasswell³⁰⁷ como uma tecnologia “a serviço de administradores e políticos capaz de contribuir para a identificação, compreensão e apontamento de caminhos para o tratamento de problemas de políticas públicas”.³⁰⁸ Procopiuck³⁰⁹ resume com precisão objetivo de Laswell e Lerner ao propor uma ciência das políticas públicas:

[...] em linhas gerais definidas por Laswell, a *ciência de políticas públicas* deveria ser *orientada para problemas*, por representar um meio de os cientistas contribuírem com o governo para enfrentamento mais eficiente das demandas postas pela sociedade; *multidisciplinar*, para poder contar com modelos e métodos que pudessem contribuir para respostas mais efetiva pelo governo em relação às políticas públicas; *metodologicamente sofisticadas*, para se capacitar em termos de mensuração e de previsão de comportamento de variáveis mais complexas com interferência nos rumos das políticas públicas; e *orientada por valores*, por ter como objetivo principal maximizar valores democráticos.

Dentro da ciência da administração públicas seguiram-se outras diversas definições sobre políticas públicas, variadas em conteúdo, abrangência e profundidade. Para Howlett *et al*³¹⁰, a política pública tem uma definição unicamente funcional, “atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*) com meios políticos (*policy means*).” A funcionalidade da definição está diretamente conectada ao processo de resolução de problemas no ambiente

³⁰⁶WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB, 2009. v. 1, p. 3.

³⁰⁷LERNER, D.; LASSWELL, H. D. **The Policy Sciences**. Stanford: Stanford University Press, 1951.

³⁰⁸PROCOPIUCK, M. Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

³⁰⁹PROCOPIUCK, M. Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública... p. 145.

³¹⁰HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 5.

público.³¹¹

Existem conceitos desde os mais abertos e vazios, como o de Dye³¹², de “política pública como qualquer coisa que os governos escolhem fazer ou não fazer”, até conceitos mais sintéticos, tal qual o de Brooks³¹³, como “uma ampla estrutura de ideias e valores dentro da qual decisões são tomadas e a ação, ou inação, levada a efeito por governos em relação a alguma questão ou problema”. Ao nível mais abstrato, ou substantivo, Surel³¹⁴ trata do conceito de políticas públicas como conjuntos formados por quatro elementos: (i) princípios metafísicos gerais, (ii) hipóteses práticas. (ii) metodologias de ação e instrumentos específicos.

Em que pese o esforço metodológico em delimitar o conceito de políticas públicas, conforme acima mencionado, nota-se uma condição multivariada, que se abre para as mais diversas abordagens.³¹⁵ Nota-se, portanto, que o significado de políticas públicas não se limita a um dado conceito específico. Para Heringer³¹⁶:

[...] do ponto de vista conceitual, a nomenclatura utilizada para uma política pública não é sua marca principal, como demonstrado nas indagações ao Poder Executivo ou uma mera observação dos diversos diplomas legais. Programas, planos, projetos ou mesmo um mero código orçamentário não são capazes de caracterizar, ou descaracterizar, algo como uma política pública. Ao olhar o cenário das políticas públicas no Brasil, fica claro que planos, programas e projetos encerram, muitas vezes, várias políticas públicas em seu escopo.

A despeito disso, os conceitos ora mencionados e todos os demais que não foram coligidos à presente pesquisa circundam um núcleo comum: a iniciativa estatal consistente na solução de um problema coletivo por meio da sugestão e aplicação de instrumentos próprios.

Essa linha mestra pode ser identificada pela relação entre dois polos que interagem reciprocamente: o poder público e a sociedade civil.

³¹¹HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 5.

³¹²DYE, Thomas R. *apud* PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

³¹³BROOKS, Stephen *apud* PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

³¹⁴SURREL, Y. Les Polityques publiques come paradigmes. *In*: FAURE, D. A.; POLLET, G.; WARIN, P. **La construction du sens dans les politiques publiques: débats autor de la notion de référentiel**. Paris: L'Harmattan, 1995. p. 125-151.

³¹⁵HERINGER, F. R. A. **Quantas políticas públicas há no Brasil?** O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro-ILB, 2018. p. 63

³¹⁶HERINGER, F. R. A. **Quantas políticas públicas há no Brasil?**... p. 63.

No meio deste processo está o problema, ou seja, aquilo que socialmente se deseja modificar, a realidade a ser alterada. Para mediar essa relação, elementos jurídicos e não jurídicos são conjugados para alcançar a modificação do contexto social, dado um comum conjunto de princípios e valores democraticamente escolhidos e coletivamente aceitos pela comunidade política.³¹⁷ Firme nessa hipótese, o marco teórico utilizado nesta pesquisa foi tomado por referência dos estudos de Bucci.³¹⁸ Isso porque a noção de política pública como arranjos institucionais complexos se enquadra perfeitamente no contexto da multiplicidade de campos científicos até agora referidos.

Apesar dessa inerente complexidade já destacada na abordagem das políticas públicas, não há como negar a juridicidade de seus elementos. Somente sua conformação jurídica permitirá a elaboração de um juízo de validade quanto ao conjunto de normas e atos administrativos que lhe dão forma.³¹⁹ No plano da validade, qualquer ação política que não seja confirmada pelas instituições do direito, seja pela norma positiva, seja pelo controle exercido pela atividade do poder jurisdicional, não presta ao Direito.

Entretanto, somente pela via exclusiva da análise dogmática, a aproximação metodológica de políticas públicas não dará conta de avaliar importantes elementos estranhos ao Direito, como o impacto econômico e o processo gerencial de formulação de políticas públicas, por exemplo. Por outro lado, é possível reconhecer também que as consequências atingidas no contexto social não espalham somente efeitos econômicos ou políticos, mas colidem, também, com outros Direitos, especialmente no contexto das liberdades públicas e privadas. O contexto constitucional Brasileiro elegeu a liberdade como valor metajurídico no preâmbulo da Constituição e consagrou as liberdades fundamentais no artigo 5º. Para finalidade desta pesquisa importa ressaltar que o exercício de liberdade pública ora mencionado se distingue dos direitos de exigir o comportamento positivo de terceiros. Ou seja, só

³¹⁷O conceito de comunidade política contempla unicamente os indivíduos com direitos políticos ativos, pois são os únicos aptos a participar do processo democrático. Este processo por sua vez é o único processo capaz, na sociedade atual, de informar quais valores sociais devem ser acolhidos pela legislação.

³¹⁸BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³¹⁹COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELO, C. A. B. (org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2., p. 353. No mesmo sentido ver CASTRO, M. T. B.; MELLO, M. T. L. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, p. 9-22, jun. 2017.

repercutem na esfera do direito de terceiros de forma negativa, no sentido de respeitar a liberdade de escolher do indivíduo enquanto membro da coletividade. Os impactos das modificações encetadas por políticas públicas não raras vezes têm seus efeitos sentidos no conjunto de bens e direitos dos indivíduos. Nesse específico ponto, a liberdade individual e seu exercício no contexto das escolhas sociais pode sofrer o maior impacto diante restrições impostas por políticas públicas comportamentais.

O conceito de liberdade aqui mencionado é a somatória de dois significados clássicos: (i) “condição de homem que não pertence a nenhum senhor” com “poder de agir e não agir” e (ii) “liberdade como poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos”.³²⁰

Nessa mesma conjuntura – do exercício das liberdades públicas –, a última obra de Sustain e Holmes³²¹ faz uma importante distinção concernente aos direitos de bem-estar e políticas de inclusão. Para os referidos autores, há uma necessária distinção entre o exercício das liberdades públicas e sua necessária dependência dos caminhos institucionais para sua execução. Liberdade, para os mencionados autores, não significa ausência total de dependência do Estado.

Segundo Sustain e Holmes, o Estado afirmativo é uma precondição do exercício da liberdade.³²² Somente um conjunto claro de regras permite o exercício de direitos de escolha ou mesmo a oposição legítima em face de eventual ameaça por terceiros e, principalmente, pelo próprio Estado. Como exemplo, alegam que a existência de direitos políticos, direitos de propriedade e outros direitos sociais são os pavimentos que conectam o exercício da liberdade individual à ideia própria da existência de Estado.³²³ Sem Estado, os exercícios dos direitos que garantem a evolução em termos de bem-estar não se realizam. Logo, não haveria fruição de direitos sem a institucionalização dos meios para o seu exercício.

Nesse sentido, os autores sustentam que melhores níveis de bem-estar devem seguir o caminho de uma dependência capacitadora, organizada pelo poder público como meio de emancipação cidadã, com vistas à realização plena de uma vida digna.³²⁴ Portanto, a independência autônoma dos indivíduos somente é possível se, em paralelo, existe um caminho institucional que permita a realização e o exercício

³²⁰RIVERO, J.; MOUTOUH, H. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 7.

³²¹SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo, 2019.

³²²SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos...** p. 174.

³²³SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos...** p. 187.

³²⁴SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos...** p. 175.

de Direitos.

Logo, a definição de um conceito de políticas públicas juridicamente fechado não poderia, ao menos para a finalidade dessa pesquisa, contemplar a vertente social, econômica e administrativa das políticas públicas. A linha de condução analítica que contempla campos científicos paralelos ao Direito compõe os fundamentos de uma teoria jurídica das políticas públicas, conforme sugerido por Bucci. Uma concepção unicamente jurídica de políticas públicas, sobretudo quando presente o aspecto econômico, é inviável no contexto dogmático brasileiro. Para Nusdeo³²⁵, o Direito Econômico não pode ser visto como um conjunto definido de normas, mas um novo espírito, que valoriza os aspectos da eficiência e as externalidades positivas dela decorrente.

De acordo com o retratado na primeira parte da tese, o percurso histórico teórico da Economia Comportamental foi inserido no contexto das políticas públicas a partir da contestação da Teoria da Racionalidade. Na segunda parte, ficou claro como o Paternalismo Libertário serviu como justificativa moral das propostas de regulação de comportamentos erráticos. Frise-se, por oportuno, que os comportamentos erráticos ora inseridos como objeto da intervenção estatal não são aqueles que ofendem os bens jurídicos tradicionais, mas tão somente o conjunto de bens e direitos atinentes ao próprio titular da escolha.

Os comportamentos que se quer modificar dizem respeito unicamente à esfera das escolhas privadas, tomadas no contexto da escolha subjetiva, individual e, muitas vezes, sem qualquer participação ou prejuízo a terceiros não implicados na relação do efetivo exercício da escolha. Por exemplo, fumar não causa danos a terceiros além da saúde do próprio fumante. Assim também são os maus hábitos alimentares e condutas sexuais negligentes.

Portanto, a justificativa política viabilizada pela teoria do Paternalismo Libertário tornou efetiva a missão constitucional de crescer níveis de bem-estar pela manipulação das preferências dos próprios indivíduos. Basta que o ajuste das escolhas promovida pelo ente estatal seja voltada para modificar os incentivos dos indivíduos diretamente imbricados no processo das escolhas individuais.

Cumprido, portanto, tornar explícita a noção de políticas públicas que se alinha ao objetivo de realizar metas de bem-estar sem, no entanto, colidir com o exercício

³²⁵NUSDEO, F. **Curso de Economia introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2015. p. 320.

das demais liberdades garantidas pelo Direito brasileiro. Ou seja, cumpre realizar um processo analítico que permita adotar os instrumentos franqueados pela Economia Comportamental sem, contudo, violar o exercício das liberdades individuais.

Nesse contexto, o conteúdo jurídico que define os contornos de políticas públicas não é fechado e não pode sê-lo.³²⁶ Para Bucci³²⁷, a interdisciplinaridade da composição da noção de políticas públicas acaba por tornar a delimitação do conceito infrutífera. Ao refletir sobre esse arranjo complexo, que enseja a noção de política pública, Bucci³²⁸ percorre uma trajetória de pesquisa que remete às reflexões contidas na obra de sua autoria denominada *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, publicado em 2006.

Naquela altura, está claro o esforço metodológico da autora em não definir um conceito jurídico para políticas públicas, mas sim um conjunto de elementos que retratam essa mudança de paradigma, sobretudo pelo seu método de aproximação que reflete, por sua vez, a necessária abordagem interdisciplinar da noção de políticas públicas. Em suas reflexões, a autora afirma que a política pública é “uma locução polissêmica”, em razão do que sua conceituação só poderá ser especulativa, nunca definitiva.³²⁹ Sustain³³⁰ acaba por adotar semelhante entendimento, trazendo em perspectiva direitos, constitucionais inclusive, que pressupõem previamente decisões políticas “acerca de como canalizar recursos escassos de modo mais eficaz em face dos problemas e oportunidades mutáveis que se tem em mãos”.

A execução de qualquer política pública é de tal forma dinâmica, que a sua própria continuação – ou descontinuação – é diuturnamente sopesada diante das contingências políticas e econômicas sob as quais toma forma a política pública. Não existe sequer, *primaeface*, garantias indiscutíveis de sua continuidade. Segundo Bucci³³¹, essa variação, muito diferente dos Direitos, ocorre somente pela natureza volátil dos programas políticos. A política pública pode ser descontinuada por omissões do próprio planejador central. A política pública pode, inclusive, colher a eventualidade de uma intencional não-execução das ações previstas no plano inicial.

³²⁶BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

³²⁷BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas... 2009.

³²⁸BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251.

³²⁹BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**... p. 251.

³³⁰SUSTAIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo, 2019. p. 189.

³³¹BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**... p. 251-252.

Para Bucci³³² o processo de elaboração de políticas públicas está inserido no plano micro institucional de ação governamental, um “conjunto de processos juridicamente regulados”, “sucessão de etapas da vida institucional”, “conexões de sentido”. A autora adapta o conceito de processo retirado da Teoria Geral do Processo para aplicá-lo, com as devidas adaptações, à ideia de relação processual ampla, envolvendo a sociedade civil e o aparelho estatal onde se desenrola o processo de elaboração de políticas públicas.

Eventual descontinuação de políticas públicas pode ocorrer também por um impasse de conotação valorativa, baseada, por exemplo, no conflito levantado pelos naturais opositores acerca da eficácia ou mesmo coerência do programa em face dos resultados colhidos.³³³ Essa descontinuação pode ocorrer, ainda, pelo ativo controle constitucional de políticas públicas, conforme mencionado por Comparato.³³⁴

A versatilidade, característica de uma ação em constante movimento, denota a impossibilidade de limitação jurídica de um conceito de políticas públicas, o que reflete a realidade multiforme da concepção constitucional de políticas públicas. Sua essência é atividade em trânsito. Desde o momento dos valores que compõe sua elaboração até a superação dos obstáculos – sejam jurídicos, políticos ou econômicos – que se colocam a sua efetiva operação, o programa político de realização de Direitos está em constante movimento. O processo de construção de qualquer política pública está relacionado à análise do seu ciclo, que engloba o processo de surgimento do problema, passando pela percepção dos atores públicos e privados envolvidos na questão, até a definição de agenda, formulação de alternativas com elaboração de um plano estratégico, implementação do plano tático e operacional e avaliação dos resultados. Toda essa trajetória é própria do campo científico da gestão e administração pública.³³⁵

Mesmo a positivação dos Direitos Sociais, inseridos no próprio contexto

³³² BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 2057 até 2147

³³³BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

³³⁴COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELO, C.A. B. (org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 353-354.

³³⁵*Cf.* DYE, Thomas R. *apud* PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165. As etapas que compõem variadas ciclos de políticas públicas podem variar, sendo que a primeira demonstração analítica dos estágios de políticas públicas foi feita por Harol Dwight Lasswel. *In* LASWELL, H. D. **A pre-view of policy sciences**. New York: Elsevier Publishing, 1971. p. 173; e também por Charles Jones *in* JONES, C. **An introduction to the study of public policy**. Belmont: Duxbury Press, 1970. p. 170..

constitucional, contribui para a condição pouco favorável à cristalização de um conceito jurídico de políticas públicas. São inúmeras as expressões jurídicas de políticas públicas no âmbito constitucional, o que será destacado mais adiante na subseção 4.2. A par dessa impossibilidade de tomar um conceito preciso, o referencial teórico para tratar das políticas públicas, ora extraído da obra de Bucci, recebe influências da perspectiva dworkiana sobre a diferenciação entre política e princípios, contidas na obra “Levando os Direitos a Sério”.³³⁶

Para Dworkin³³⁷, existe uma clara distinção entre princípios e política dentro da Teoria do Direito. Tal distinção é necessária para tratar do conjunto de padrões que não são regras e a despeito disso são fundamentais para a composição do ordenamento jurídico. Segundo Dworkin³³⁸ “política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria no aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Já os princípios são padrões a serem observados independentes das melhorias dos aspectos econômico, político ou social, “porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³³⁹ Para Dworkin³⁴⁰:

[...] os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Por exemplo, a incidência de taxas para saques antecipados em contas de aposentadoria privada é uma política que considera importante limitar saques impulsivos, por isso a necessidade de induzir um período de resfriamento. Já a universalidade do regime geral de previdência pública é um princípio.³⁴¹ A política pode ser alterada de acordo com as exigências de fatores contingenciais (estímulo tributário administrativo incidente sobre bens de consumo, como por exemplo no caso da comercialização de cigarros). Os princípios não seguem a lógica da contingencialidade.

³³⁶BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

³³⁷DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2010. p. 36.

³³⁸DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 36.

³³⁹DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 36.

³⁴⁰DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 130.

³⁴¹DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 129.

A tentativa de Dworkin³⁴² de conceituar a ideia de *policy* está diretamente conectada a sua proposta de formulação de uma Teoria do Direito, sobre como o direito deve ser e sobre como as instituições servem ao Direito. Ela não é, portanto, um conceito autônomo, do qual se possa tratar independente do Direito, como fazem os cientistas políticos que definem o conceito de políticas públicas com base em ramos científicos alienígenas à juridicidade de sua composição.

A contribuição dworkiana sobre políticas públicas reforça a condição de volatilidade e movimento, o que dá uma base para a adoção de uma ideia de governo em ação. A condição de pertencimento de uma comunidade política a um ordenamento normativo, mais que uma perspectiva unicamente sócio histórica, filosófica ou gerencial de Estado, pressupõe uma ordem jurídica válida e homogênea, aplicável igualmente sobre um determinado conjunto espacial e temporal em atividade.³⁴³ Partindo dessa configuração inicial, característica dos primeiros positivistas³⁴⁴, a ampliação das atividades estatais exigiu também uma abordagem jurídica de políticas públicas na condição de atividade, ou “Estado em ação”.³⁴⁵

Apesar disso, uma ressalva é necessária quanto à importação teórica da divisão metodológica estabelecida entre políticas públicas e princípios sugerida por Dworkin. Ao estabelecer um conceito próprio sobre a diferença entre políticas e princípios, Dworkin tem em vista a constituição norte-americana e a realidade de uma sociedade social e economicamente diversa da brasileira. O conceito sintético idealizado pela proposta do autor americano restringe a compreensão aprofundada do sistema complexo como o brasileiro, no qual predomina o cenário de altíssima diversidade de contextos e variada força normativa dos princípios constitucionais.

³⁴² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**...p. 130.

³⁴³O conceito de administração pública como Estado em ação, e Estado no conceito de Konrad Hesse in HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1992. p. 11. Fábio Konder Comparato afirma que a ideia de atividade promocional dos Poderes Públicos é automaticamente ligada ao conceito de políticas públicas in COMPARATO, F. K. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, E. R.; CUNHA, S. S. (coords). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248.

³⁴⁴A referência aos primeiros positivistas jurídicos tem por base a concepção puramente jurídica de Estado como sociedade politicamente organizada, submetida a ordem coercitiva, nos limites de um determinado território, cujo o representante mais notório é Hans Kelsen, cf. KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Para entender a modificação das teorias positivistas e em relação a coercibilidade do sistema normativo ver BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: ícone, 2006. p. 156-159.

³⁴⁵BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

Essa observação foi pontuada por Bucci³⁴⁶, quando reconhece a necessidade de uma prestação normativa e organizativa do Estado para a realização de Direitos Sociais. Nesse sentido, Gabardo³⁴⁷ identifica essa condição prestativa do Estado social como “essência constitucional”. Ao citar Dworkin, o referido autor menciona a existência de uma essência constitucional conectada à “experiência constitucional”.³⁴⁸ Isso nada mais é do que perfilhar as “contraposições sociais” no seio próprio dos valores constitucionais, que “forja a organização das instituições, suas funções, princípios, deveres e direitos”.³⁴⁹

O compartilhamento de um espírito coletivo, que constrói a ideia de uma comunidade política organizada, reflete também a noção essencial de um Estado em movimento e a realização das metas sociais, “espírito de Estado com elementos normativos e não somente descritivos”.³⁵⁰ Especialmente no Brasil, a interação entre Estado e sociedade no processo de elaboração de políticas públicas é o ambiente de formação e realização da cidadania, campo de efetivação dos Direitos.³⁵¹ Daí a razão de fundo pela qual Bucci³⁵² sugere uma metodologia adequada, considerando a configuração de arranjos complexos que as políticas públicas exigem no Brasil.

Pode-se afirmar que no Brasil pós 1988, tais políticas públicas advêm de uma contemporânea compreensão do Estado como substituto da espontaneidade dos agentes privados em ambiente de mercado e da limitação das liberdades públicas. Apesar desse papel central, as relações estabelecidas entre a Administração Pública e o administrado não prescindem de um aspecto informacional completo. Como afirma Heringer³⁵³:

[...] logo, do ponto de vista informacional, é indispensável que as relações estabelecidas entre esses componentes lógicos sejam organizadas e

³⁴⁶DWORKIN, R. *apud* BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

³⁴⁷GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁴⁸GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**... p. 167.

³⁴⁹GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**... p. 168.

³⁵⁰GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**...p. 174.

³⁵¹LOBATO, L. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. *In*: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (org.). **Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 289.

³⁵²BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

³⁵³HERINGER, F. R. A. **Quantas políticas públicas há no Brasil?** O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro-ILB, 2018. p. 64.

expostas para a sociedade, de tal forma que o julgamento da atuação dos representantes políticos seja feita de forma direta pelos cidadãos, ainda que sempre estejam presentes aspectos subjetivos como, por exemplo, a visão de mundo de cada indivíduo e os aspectos políticos, ideológicos, culturais, religiosos, morais e familiares que integram a pessoa humana.

A posição do Estado como agente do desenvolvimento, construída entre o período das duas grandes guerras, culminou com adoção de uma ordem econômica constitucional de múltiplas finalidades.³⁵⁴ Tais finalidades abarcam, inclusive, uma pretensão de realização sentimental em relação ao Estado.³⁵⁵ Países que apresentam um aspecto dirigente em suas constituições conferem ao Estado maior protagonismo quanto às realizações pessoais, tanto no campo material quanto subjetivo. Os Direitos Sociais expressam essa relação do indivíduo em face as prestações do Estado. Pode-se afirmar que os Direitos Sociais representam e legitimam a ideia de uma organização política como maior grau de intervenção.³⁵⁶ No contexto brasileiro, a ordem econômica prevista na Constituição Federal recepciona uma ampla rede de aspirações sociais, que transitam desde a vagueza dos ditames da justiça social até as especificidades do sistema de defesa do consumidor.³⁵⁷ Para Alvarez³⁵⁸, a instrumentalização do direito como mecanismo de consecução de objetivos coletivos tem raízes na experiência jurídica dos estados intervencionistas do século XX³⁵⁹:

[...] a adoção da tese behaviorista ou condutista do direito é um elemento determinante do caráter tecnocrático do discurso jurídico em razão da

³⁵⁴GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 19. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 48.

³⁵⁵Por exemplo, o conceito de felicidade – e sua positivação jurídica – é constantemente contemplado por propostas legislativas que buscam posição no contexto constitucional, como a n. 19 de 2010 e n. 513 de 2010, apresentadas pelo então Senador Cristóvam Buarque e pela Deputada Federal Manuela D'Ávila. A controvérsia acerca de uma definição jurídica e seu conteúdo empírico tem recebido atenção da doutrina, cf. VASCONCELLOS, Ú. S. C. C.; STRUCHINER, N.; HANNIKAINEN, I. A infeliz busca por felicidade no direito. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p.153-176, 2018. Sobre o papel dos sentimentos no ordenamento jurídico brasileiro cf. LUNA, N. M. P. A. F. Pensar direito e emoção: uma cartografia. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p.27-47, 2018. A identificação de vieses sob perspectivas de felicidade e sua relação com o direito, no âmbito da teoria do comportamento, pode ser vista in STRUCHNER, N.; VASCONCELLOS, U. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamento. In: FORTES, P. *et al* (coord.) **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 259-278. Um panorama muito abrangente sobre políticas públicas e felicidade pode ser encontrada in: NG, Yew-Kwang, HO, Lok Sang (ed.). **Happiness and Public Policy Theory, Case Studies and Implications**. London: Palgrave, 2006.

³⁵⁶GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 176.

³⁵⁷DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 586.

³⁵⁸ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. p. 54.

³⁵⁹ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações... p. 56.

consideração do direito como mecanismo de incentivos e da concepção do direito como meio ou técnica para atingir fins sociais, enfatizando seu caráter instrumental.

O Direito compreendido em bases pragmáticas, ou seja, a capacidade de compreender ou de aplicar a norma a despeito dos princípios informadores foi criticada por Dworkin.³⁶⁰ Para ele³⁶¹, a aplicação de qualquer norma pode ter seu sentido alterado conforme a decisão prévia já estabelecida pelo operador do Direito em causa, o que tornaria a utilização da norma demasiadamente casuística.

A partir desse complexo sistema de compreensão de políticas públicas que também apresentam impacto econômico, destaca-se a abrangência de políticas públicas como arranjos institucionais complexos, donde sobrevém sua condição normativa peculiar.³⁶² Essa mesma preocupação foi exposta na apresentação de Lopes³⁶³ sobre o livro *Direito Administrativo e Políticas Públicas* de Bucci, quando afirma que as políticas públicas também se inserem em uma categoria normativa diferente, que também predica o válido e o inválido, o justo e o injusto.

Entretanto, a descrição sólida das estruturas da política pública por meio das categorias jurídicas tradicionais exige a análise do conjunto de atividades administrativas do Estado como um todo, não somente a apreciação separada dos atos jurídicos que lhe emprestam o formato normativo. Tampouco um conjunto normativo que pretende validação quando submetida a análise somente pelo escrutínio dos tribunais.

Qualquer política pública considerada válida juridicamente não tem utilidade se, por outro lado, não transformar a realidade social que justifica sua aplicação. Daí que a estrutura normativa de toda política pública está diretamente relacionada a dois fatores: o programa definidor de metas e a ação governamental no contexto social.³⁶⁴ Acrescentam-se, ainda, os indicadores de validade sobre o resultado efetivamente colhido ante a conversão das políticas públicas em ações práticas (*outcomes*).³⁶⁵

³⁶⁰DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo; Martins Fontes, 2014. p. 189.

³⁶¹DWORKIN, R. **O império do Direito**... p. 189

³⁶²BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

³⁶³BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XIX.

³⁶⁴BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 1999.

³⁶⁵BROOKS, Stephen *apud* PROCÓPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

O que conecta esse complexo conjunto estrutural é seu aspecto jurídico: “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados”.³⁶⁶ Na linha das propostas comportamentais, esses processos juridicamente conectados são justificados pelo Paternalismo Libertário.

Esse novo enfoque foi observado³⁶⁷ e é consistente na necessidade de avaliar o conjunto das atividades jurídico-políticas em ponderação do resultado futuro, não somente a avaliação singular da validade dos atos jurídicos isolados ou cristalizados pela norma. A noção que subjaz ao conceito jurídico de políticas públicas pressupõe considerá-las como um conjunto de atividades em movimento, em diálogo constante com metas jurídicas e objetivos delimitados por uma linha temporal objetiva.

Muito mais do que um conceito, as políticas públicas devem ser avaliadas como um arranjo institucional complexo.³⁶⁸ Significa reconhecer que as políticas públicas são múltiplos instrumentos que compõem o conjunto, contudo, sem se afastar das características epistemológicas de cada um desses elementos, mesmo quando emprestados de campos científicos heterogêneos.³⁶⁹

Ao compreender a política pública tomada como um arranjo institucional complexo e, portanto, passível de análise jurídica de suas proposições em suas mais diversas formas, é indispensável assinalar o conjunto essencial de elementos que denotam sua natureza jurídica, para posteriormente avançar sobre o problema da aplicação de um filtro jurídico (parâmetros) de conformidade.

A política pública com elementos de Economia Comportamental não pode ser entendida como um ato técnico tão somente, despido de conteúdo jurídico.³⁷⁰

³⁶⁶BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 763.

³⁶⁷FERES, M. V. C. Regulação, intervenção do Estado na economia e políticas públicas: uma leitura crítica a partir do direito como identidade. *In*: BANWART JÚNIOR, C. J.; FERES, M. V. C.; KEMPFER, M. (org.) **Direito e Inovação**: estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade. Juiz de Fora: UFJF, 2013. p. 73.

³⁶⁸BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

³⁶⁹BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas... 2009.

³⁷⁰Affonso Insuela Pereira *apud* Eros Roberto Grau: “o plano é fonte de Direito Econômico, sendo mais do que um contrato, menos do que uma lei, tendo por fim efeitos imediatos e mediatos, porém sempre concretos, absolutamente definidos, e adotando critérios distintos dos utilizados pela lei, que tem regras abstratas, uniformes e gerais. Apresenta, pois, aspecto híbrido, em que se fazem presentes figuras do contrato individual e do alcance total da lei” *in* GRAU, E. R. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 83-84.

Portanto, não é meramente uma obrigação moral ou uma declaração de intenções governamentais sem impacto jurídico. Ela ultrapassa o domínio da retórica política. Sua adoção produz efeitos diretos na própria ordem jurídica e no conjunto de direitos atinentes ao exercício das liberdades privadas e públicas.

Ao projetar seus efeitos sobre as escolhas individuais, as políticas públicas – sob a ótica do Paternalismo Libertário – pretendem modificar a relação do indivíduo com sua condição patrimonial e sua sensação de bem-estar. Para isso, muitas de suas proposições afetam significativamente a ordem das prioridades no ambiente privado das escolhas. Nenhum conjunto de proposições puramente administrativas poderá, nesse sentido, ser considerado somente o conjunto de atos administrativos habituais e burocráticos sem efeitos jurídicos.

Esse delicado equilíbrio, situado entre a aplicação do princípio constitucional do bem-estar e o campo puramente administrativo do processo de elaboração de políticas públicas, deve ser preenchido pela análise de arranjos institucionais complexos, delimitando ponto a ponto todas as implicações trazidas pela adoção da Economia Comportamental como elemento normativo das atividades estatais.

Essa via de abordagem de políticas públicas como arranjos complexos estruturados pelo Direito tem origem nas primeiras observações analíticas sobre planos de governos. Para Grau³⁷¹, o planejamento consubstancia um “método de intervencionismo econômico”, em razão do que “passa a ser fundamental relevância o questionamento a respeito da raiz de onde emergem os meios que definem o seu caráter ativo”.

Bucci³⁷², por sua vez, edifica uma metodologia de aproximação para análise de políticas públicas que prescindir de um conceito, sem, no entanto, abrir mão de um método correlacional. Este método se caracteriza pela descrição, compreensão e análise integrativa de outros campos científicos ao universo jurídico.

Trata-se de um conceito de políticas vinculado à ideia de programa de ação governamental. Esta proposta, segundo afirma, teve por objetivo apresentar o componente interdisciplinar junto à ideia de políticas públicas.³⁷³ Ainda em 2006, no

³⁷¹GRAU, E. R. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 121.

³⁷²O conceito inicial de políticas públicas tratado por Maria Paula Dallari Bucci pode ser verificado *in* BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252-255.

³⁷³O conceito inicial de políticas públicas tratado por Maria Paula Dallari Bucci pode ser verificado *in* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252/255.

artigo denominado O conceito de política pública para o direito, fruto de obra coletiva que se propunha discutir a relação multidisciplinar do Direito com as políticas públicas, a autora separou conceitualmente os significados de programas, ações coordenadas e processos no âmbito da formulação de políticas públicas e admitiu expressamente a impossibilidade de fixação do conceito de políticas públicas³⁷⁴, ao afirmar que:

[...] é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas.

[...]

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.

Em 2009, no artigo denominado Notas para uma Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas, a mesma autora rompeu definitivo com qualquer possibilidade de conceituar cerradamente a ideia políticas públicas passando “a adotar, a partir do presente texto, um conceito para uso em direito, estipulado como ‘arranjos institucionais complexos’”.

Por derradeiro, em 2012, após a defesa da tese de Livre-Docência em Direito do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Bucci³⁷⁵ publicou a obra “Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas”. Neste livro a autora define arranjos institucionais como um “agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão exterior com um sentido sistemático.”³⁷⁶ E mais, que³⁷⁷:

[...] o arranjo institucional de uma política pública compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora (com o perdão da tautologia), da qual conste o quadro geral de organização da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários ou pessoas e entes por ela afetados, como empresas e consumidores, por exemplo.

³⁷⁴BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 31-47.

³⁷⁵BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition.

³⁷⁶BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 4254. Em nota de rodapé, Maria Paula Dallari Bucci afirma que essa conotação tem sentido diferente de seu paralelo em ciências políticas, que significa provisoriedade, no sentido atribuído por Robert Dahl para “*outcomes* dos processos políticos”.

³⁷⁷BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**...posição 4260.

Esse encadeamento lógico de elementos jurídicos e não jurídicos, segundo Bucci³⁷⁸, caracteriza a ideia de políticas públicas como objeto de análise pelo próprio Direito, distinto da análise do ato jurídico isolado. Em agregado, os elementos que compõem esse conjunto de arranjos institucionais produzem efeitos diversos de seus elementos destacados do todo. Como a própria autora ressalva, é a “amarração jurídica” que interessa para uma análise sólida de políticas públicas.³⁷⁹

Esse conjunto complexo de elementos não prescinde, por sua vez, da análise de uma Teoria das Instituições. Como são variadas, e não menos importantes, compete em seguida escolher um campo de análise institucional e, por necessário recorte metodológico, dispensar as demais definições de instituição.

A escolha de uma adequada teoria institucional, mesmo que situada no campo unicamente teórico, contribuirá ao final para amarração de um arranjo complexo de políticas públicas. Ela tem o objetivo de verificar, entre as várias teorias institucionais, a mais adequada para tratar do parâmetro de aplicação da Economia Comportamental como instrumentos de Políticas Públicas.

4.1 INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE BEM-ESTAR

Políticas públicas só se realizam por vias institucionais. No o âmbito político-administrativo, o institucionalismo clássico – denominado também de velho institucionalismo – a análise das instituições enfatizava o aspecto funcional e formal de suas competências, sem preocupação com o contexto sócio-político que estão inseridas. Para Anderson³⁸⁰, a abordagem do institucionalismo clássico limitava-se aos aspectos formais normativos das instituições, circunscrita ao exercício das atividades dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Portanto, qualquer teoria sobre instituições adotada deve considerar a ideia de políticas públicas como arranjos complexos, como sugerido por Bucci na obra Fundamentos para uma Teoria Jurídica de Políticas Públicas. No âmbito da Ciência Política, o excesso de apego formal do institucionalismo clássico foi determinante para o surgimento do neoinstitucionalismo.

³⁷⁸“O relevante é a sucessão de atos encadeados ou combinados, cujo nexos são efeitos com significado jurídico e social particular” *In*: BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**...posição 4561.

³⁷⁹BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**..., posição 4561.

³⁸⁰ANDERSON, J. E. **Public Policemaking**. Boston: Cengage Learning, 2011. p. 342.

O neoinstitucionalismo no âmbito da Ciência Política, assim como a Economia Comportamental, é uma resposta à Teoria da Escolha Racional, que compreendia as práticas sociais como “produtos de ações destinadas a maximizar utilidades individuais e postular o mercado como forma de organização social inerentemente eficiente.”³⁸¹

Outras duas observações de natureza metodológica precisam também ser destacadas. A primeira diz respeito aos requisitos próprios de uma teoria institucional tomada como explicação racional das políticas públicas. Uma explicação unicamente sociológica da ideia de instituições, baseada no fato social e as respectivas associações carismáticas ou tradicionais, não supre essa necessidade. O institucionalismo sociológico prescinde da questão normativa. O vínculo que formaliza a adesão entre a sociedade civil e o poder público exige um arranjo normativo e, portanto, fundamentalmente jurídico.

Por outro lado, uma teoria institucional de viés sociológico-positivista – bem como suas variações – atende apenas parte do conjunto analítico que envolve as políticas públicas. É necessário que a descrição das instituições e suas relações com os demais campos científicos apreenda a ideia de instituição de limitações à utilização da Economia Comportamental em políticas públicas.

Já a segunda observação trata da existência de um aspecto material importante. Como a política pública é um arranjo complexo de elementos colocados em movimento pelo poder público, a teoria institucional doravante utilizada deve refletir também essa dinâmica. A instituição é um organismo vivo, orgânico, que responde a estímulos na mesma medida em que interage com outros elementos do seu meio. Essa interação é prioritariamente jurídica. A amarração normativa mencionada na Seção anterior confere juridicidade aos componentes dessa política. Ela deverá ser, em maior ou menor grau (*soft* ou *hard*), uma relação de sujeição ou oposição jurídica do indivíduo em face dos incentivos comportamentais colocados em ação pelo planejador central.

Conforme já informado anteriormente, o conjunto de elementos normativos que compõem a natureza *sui generis* do conjunto epistemológico que trata as políticas públicas – tempo, espaço e movimento – é também o plano jurídico institucional mais apropriado para atingir o objetivo constitucional da maximização do bem-estar geral.

³⁸¹BEVIR, Mark *apud* PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103.

Segundo Procopiuck³⁸², o neoinstitucionalismo tratado pela ciência da administração pública apresenta três principais correntes teóricas, (i) o neoinstitucionalismo da escolha racional, com raízes na filosofia do direito natural e na economia clássica, concentrado no micronível das relações; (ii) o neoinstitucionalismo histórico, com base na economia política marxista e weberiana, concentrada no nível mesoinstitucional; e (iii) o neoinstitucionalismo social-construtivista, com fundamento nas fenomenologia da psicologia cognitiva, com foco no nível macro e micronível de relações (comportamentalista). Sobre a primeira corrente, Bucci³⁸³ aponta relevante crítica sobre o neoinstitucionalismo histórico e a ausência do elemento jurídico de suas estruturas:

Com essa raiz, é na verdade espantosa a ausência do elemento jurídico ou o seu pouco peso nas construções da ciência política de referência para as políticas públicas. No caso do neoinstitucionalismo, especialmente nas vertentes organizacional e histórica, a omissão é gritante, especialmente se pensarmos no peso do elemento jurídico nos micro-processos envolvidos na formulação e implementação das políticas públicas.

De fato, ausência de uma forte estrutura jurídica institucional, como elemento fundante de qualquer alternativa propositiva de políticas públicas, acaba por deixar da lado uma peça essencial nesse contexto. Em sua perspectiva normativa, o bem-estar como princípio jurídico vinculativo da própria razão do Estado, aparece de forma preambular na Constituição Federal. Em grau de relevância, o princípio do bem-estar é parâmetro de orientação do Estado Democrático de Direito, ao lado do exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.³⁸⁴

Todavia, o princípio jurídico do bem-estar, conforme mencionado no preâmbulo da Constituição Federal, não daria cabo de realizar os objetivos constitucionais de forma automática. A meta preambular exige que sua implementação se dê por via das instituições jurídicas, sociais e políticas. Estes três elementos em conjunto tem a condição de traçar os caminhos e os contornos da

³⁸²PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 123.

³⁸³BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 30.

³⁸⁴Preâmbulo da Constituição Federal.

aplicação dos incentivos cognitivos em políticas públicas.

Mesma relevância ao aspecto institucional é reconhecido por Sustain e Holmes³⁸⁵, para os quais o processo de ordenação pela norma tem origem nas instituições do Direito e delas não pode se afastar, uma vez que somente elas mantêm as “precondições necessárias para o desenvolvimento individual e também para resolver problemas comuns, solucionando conflitos e facilitando respostas inteligentes e coordenadas a desafios”.

Por seu turno, uma teoria das instituições oriunda da Economia que funcionaliza os elementos jurídicos para aspectos de sua eficiência, também não basta para analisar a complexidade do fenômeno que compõe as políticas. A Nova Economia Institucional, portanto, explicaria apenas parte do problema sem, contudo, tratar da problemática de uma limitação pela via jurídica da ação do Estado.³⁸⁶ Isso decorre, logicamente, da própria construção teórica da Nova Economia Institucional, cujo principal atributo é oferecer ferramentas para minimização do custo das interações humanas em vista dos pressupostos da Teoria dos Custos de Transação.³⁸⁷

Não obstante essa limitação teórica da Nova Economia Institucional, é comum que os economistas façam observações institucionais somente pelo aspecto do custo de implementação e dos resultados práticos (*outcomes*) obtidos ante a aplicação de qualquer política pública comportamentalista. A abordagem da Nova Economia Institucional é parcialmente correta, mas insuficiente. A demasiada ênfase sobre a

³⁸⁵SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo, 2019. p. 188.

³⁸⁶Importante aqui ressaltar alguns aspectos do Institucionalismo Econômico, dado a existência de vertentes que se dividem acerca da relevância do apoio central do governo no âmbito dos mercados. Existe o institucionalismo tradicional, associado a Thorstein Bunde Veblen, Wesley Clair Mitchel, John Commons e John Keneth Galbraith, que fazem uma crítica aos neoclássicos considerando a necessária intervenção do governo central para condução de comportamentos desejados. Para Fabio Nusdeo, a crítica que se fazia aos primeiros institucionalistas tem direta relação com a ausência, num primeiro momento, de consistência técnica e operacional dos seus pressupostos. Faltavam-lhes modelos econômicos que pudessem explicar o impacto das instituições no contexto da economia. *In* NUSDEO, F. **Curso de Economia introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2015. p. 333. Isso foi superado a partir dos escritos de Ronald Coase e a inauguração da Teoria dos Custos de Transação, com a publicação do artigo A natureza da Firma, publicado originalmente em 1932 e, depois, finalizado com a publicação do artigo The Problem of Social Cost, em 1960, donde se extraem os teoremas da Teoria dos Custos de Transação, base teórica da Escola da Nova Economia Institucional. Cfr. COASE, R. H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago, The University of Chicago Presse, 1988. A Nova Economia Institucional, cujo o representante mais notório é Douglas North, defende uma postura menos intervencionista, todavia mais conectada a ideia de instituições como “regras do jogo”. BRUE, S. L. **História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, [20-]. p. 389.

³⁸⁷Cf. PESSALI, H. Teoria dos Custos de Transação: hibridismo teórico? Uma apresentação aos principais conceitos e à literatura crítica. **Economia em Revista**, v. 8, p. 41-65, 1999.

eficiência das regras do jogo não é um problema de abordagem exclusivamente da Nova Economia Institucional. A tese central da aplicação do *nudge*, conforme sugestão de Cass Sustein em seu livro *Simpler* é sintetizada na máxima: “a simplicidade é amigável, a complexidade não”.³⁸⁸

A questão dos custos de implementação e a respectiva aferição das metas e objetivos explicam somente parte do complexo arranjo institucional em volta da aplicação da Economia Comportamental no âmbito das políticas públicas.³⁸⁹ Feitas essas duas observações de caráter metodológico, necessário justificar a escolha da teoria institucional que poderá dar os fundamentos de uma proposta de parametrização de políticas públicas em seu aspecto normativo.

O conceito de instituição ora adotado está localizado no plano mesoinstitucional, ou seja, o conjunto de “iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado”.³⁹⁰ A institucionalização, por sua vez, é “a objetivação e a organização por meio da ordenação jurídica”.³⁹¹

Por isso, toda ideia que contempla a noção institucional abarca “conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que tornam o objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos”.³⁹²

Nota-se que somente uma teoria institucional com adequada abordagem jurídica poderá dar conta de sugerir parâmetros para o emprego de instrumentos econômicos comportamentais em políticas públicas. Como diz Bucci³⁹³, “destaca-se que o aparelho estatal é constituído de instituições jurídicas, criadas e conformadas

³⁸⁸SUNSTEIN, C. R. **Simpler: The Future of Governmet**. Nova York: Simon & Schuster, 2013. Veyzon Campos Muniz, ao recensear a obra de Cass Sustein, ressalta a lógica custo/benefício adotada pelo autor americano: “Para se regular uma determinada matéria, nesse sentido, não importaria predisposições e intuições de reguladores ou do próprio setor regulado. A regulação, assim, dependeria essencialmente da análise de custos e benefícios, balizada na assimetria de informações e na ciência retrospectiva de normas e ações estatais.” *In* MUNIZ, V. C. Recensão - *Simpler: The Future of government*, de Cass Sustein. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 315-319, ago. 2015. p. 318.

³⁸⁹A valorização da eficiência da aplicação das políticas públicas comportamentais e os baixos custos de implementação são também demasiadamente enfatizados pelos comportamentalistas em geral, deixando em segundo plano uma análise eminentemente jurídica.

³⁹⁰BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 3804.

³⁹¹BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas...** posição 4273.

³⁹²BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas...** posição 4243.

³⁹³BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 22.

pelo direito, por assim dizer, a "ossatura e a musculatura" da ação do Poder Público."

Esse método de análise toma por observação o processo de transformação dos incentivos da Economia Comportamental em dispositivos normativos. Esse é elemento fundamental da construção de políticas públicas comportamentais, pois atribuem complexidade a um arranjo institucional de múltiplas influências. Tal preocupação encontra-se presente na Teoria Neoinstitucionalista de Maccormick e Weinberger.³⁹⁴ O institucionalismo proposto por Maccormick e Weinberger situa-se numa posição intermediária, entre um positivismo ortodoxo de origem kelseniana e a interpretação axiológica formulada por Dworkin³⁹⁵:

[...] ao contrário de Dworkin, N. MacCormick e O. Weinberger valorizam a referência institucional e até a consideram necessária. No entanto, corrigem a teoria positivista clássica propondo, em razão do aprimoramento do fundamento antropológico das instituições básicas às quais remete a significação da ordem jurídica, o que eles acreditam ser um "positivismo enfraquecido".

Essa característica própria do institucionalismo de Maccormick e Weinberger³⁹⁶ é mediada pelo conceito de fato institucional, onde os fatos só tem significado quando apreendidos em marcos normativos, como explica Biazevic³⁹⁷:

Alguns exemplos esclarecem de forma apropriada a ideia. Identificamos que um pedaço de plástico colorido é um cartão de crédito ou que discos metálicos são moedas não a partir das suas realidades físicas, mas por referência às regras que disciplinam os contratos e o sistema financeiro. Identificamos um objeto plástico transparente com ponteiros como sendo um relógio não por suas características inatas, mas por referência a padrões compartilhados sobre medição do tempo. O cartão de crédito, as moedas e os relógios são realidades que, sem referência a determinados marcos normativos compartilhados, não seríamos capazes de apreender funcionalmente.

Maccormick e Weinberger propõem uma renovação teórica no plano do

³⁹⁴Cf. MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht: D. Reidel Pub. Co., 1986.

³⁹⁵GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 238.

³⁹⁶BIAZEVIC, J. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre a legal reasonig and legal theory and the rule of law**. São Paulo: Juan Paulo Hays Biazevic, 2017, p. 159.

³⁹⁷GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 236.

O Neoinstitucionalismo jurídico de MaCcornick e Weinberger tem paralelos interessantes com as teorias neoinstitucionais oriundas da Ciência da Administração e da Ciência Política. O neoinstitucionalismo político, cujos principais representantes são James March e Joahan Olsen, posiciona a crítica sobre as premissas da Teoria da Escolha Racional, especialmente sobre a necessidade de identificar sistemas simbólicos comportamentais dos agentes individuais, que agem pelos deveres que desempenham nas instituições, não apenas pelo egoísmo racional auto interessado. Cf. MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. **Rediscovering institutions: teh organizational basis of politics**. New York: The Free Press, 1989.

positivismo proposto por Hart³⁹⁸, que já contempla no contexto das texturas abertas o aspecto institucional, todavia de forma ainda muito restrita. Ou seja, Maccormick e Weinberger pretendem “explicar a normatividade jurídica pela inserção das regras de Direito em seu contexto institucional”, como diz Goyard-Fabre.³⁹⁹ Ao comentar o neoinstitucionalismo jurídico de Maccormick e Weinberger, Goyard-Fabre ressalta que a expressão textual da norma, considerada, portanto, um fato decorrente de uma “vontade” institucional, possui “ineliminável primazia de sentido e valor”.⁴⁰⁰

Isso implica dizer que o subjetivismo próprio da decisão política, quando colocada em evidência, ou, no jargão da gestão pública, implementada no plano tático e operacional, traz consigo aspectos normativos que sugerem uma análise mais detida sobre a influência do Direito no campo institucional. Isso sugere analisar a “vontade” da administração, superando a análise de políticas públicas pela mensuração do seu resultado prático.

Essa análise profunda, que traduz no neoinstitucionalismo de Maccormick e Weinberger⁴⁰¹ o próprio sentido da norma, não elimina a necessária validação de seu conteúdo normativo em si mesmo. Reconhece-se, portanto, a necessidade de adequação, respeito e conformação com outros valores próprios do Direito, uma vez que o “arranjo institucional” que conecta todas as etapas desse processo devem guardar coerência com o sistema de regras sob qual está inserido.

Maccormick e Weinberger⁴⁰² reposicionam a relevância da instituição como elemento fundamental na análise normativa do Direito, dando sentido, por exemplo, à análise das políticas públicas por seu aspecto axiológico. Esse aspecto valorativo do fato institucional é completamente sonogado pelo positivismo kelseniano. Por outro lado, a norma positiva é um aspecto secundário na Teoria do Direito dworkiana, em razão do peso atribuído à interpretação dos valores que o autor americano sugere em

³⁹⁸A ideia de texturas abertas trazidas ao contexto da Teoria do Direito por Hart, diz respeito ao reconhecimento dos mecanismos de controle social e sua variância, que pode ser originado tanto da norma escrita, quanto dos precedentes jurídicos. Hart, apesar de reconhecer relevante capacidade das instituições em prever regras e aplicá-las no contexto social, não avança sobre essa relação institucionalista posteriormente tratada por MacCormick e Weinberger, dando ênfase exclusivamente à ao exercício judicante dos tribunais e seus precedentes. Cf. HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 169-171.

³⁹⁹GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237.

⁴⁰⁰GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**... p. 241.

⁴⁰¹BIAZEVIC, J. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre a legal reasonig and legal theory and the rule of law**. São Paulo: Juan Paulo Haye Biazevic, 2017, p. 160.

⁴⁰²MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht: D. Reidel Pub. Co., 1986, p. 11-4.

sua Teoria do Direito.

O neoinstitucionalismo jurídico ocupa, assim, uma posição intermediária entre os dois extremos das respectivas Teorias do Direito.⁴⁰³ O mérito do novo institucionalismo reside neste fato: o Direito depende das instituições assim como as instituições dependem do Direito.⁴⁰⁴ Na mesma medida em que o arranjo institucional normativo sofre influências das instituições, a instituição recebe extensões da vontade institucional refletidas em arranjos normativos.

O neoinstitucionalismo jurídico não prescinde do direito positivo. Sua teoria institucional sugere reconhecer adequada relevância ao papel das instituições para o próprio Direito. Essa recolocação do componente institucional se realiza sem conferir primazia às instituições em prejuízo do Direito posto, ao contrário dos institucionalistas primordiais, como Hauriou.⁴⁰⁵

A despeito da importância do Direito para a manutenção e perenidade dos arranjos que mantêm as instituições vivas, os institucionalistas primordiais dão um papel secundário às regras jurídicas.⁴⁰⁶ Segundo Hauriou⁴⁰⁷, mais do que as regras do Direito, o que importa para desenvolvimento de um diretriz institucional são os atores que impulsionam a ação.

Em um ambiente jurídico orgânico como as políticas públicas, que se pretende conciliar ao mesmo tempo a ação com a continuidade e a duração, as instituições corporativas, assim como os indivíduos, estão em primeiro plano, porque representam a uma só vez a ação e a continuidade; as regras de direito estão em segundo plano porque, embora representem continuidade, em contrapartida não representam ação. A tese central do institucionalismo de Hauriou⁴⁰⁸ resume-se à ideia de que o ordenamento jurídico reside na organização das pessoas em torno de certos fins:

[...] uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigida pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.

⁴⁰³ BIAZEVIC, J. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre a legal reasonig and legal theory and the rule of law**. São Paulo: Juan Paulo Haye Biazzevic, 2017, p. 160.

⁴⁰⁴ BIAZEVIC, J. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre a legal reasonig and legal theory and the rule of law**.... p. 160.

⁴⁰⁵ HAURIU, M. **A Teoria da Instituição e da Fundação**. Ensaio de Vitalismo Social. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 53.

⁴⁰⁶ HAURIU, M. **A Teoria da Instituição e da Fundação**... p. 52-53.

⁴⁰⁷ HAURIU, M. **A Teoria da Instituição e da Fundação**... p. 53

⁴⁰⁸ HAURIU, M. **A Teoria da Instituição e da Fundação**... p. 19.

A premissa de que existem reações automáticas a direcionar as ações humanas (instinto) tem sido contestada pela retomada do institucionalismo originário, sob fundamento de que ações instintivas são frutos de construções civilizacionais, crenças sociais compartilhadas e associações humanas voluntárias.⁴⁰⁹

O contexto do neoinstitucionalismo não tem relação com a simples descrição das instituições no contexto social, como se dá no âmbito do positivismo sociologista ou mesmo no institucionalismo original. O neoinstitucionalismo jurídico caracteriza-se por seu núcleo normativo, que carrega também “uma dimensão voluntarista e decisionista”, ou seja, é preciso que o conjunto dos arranjos jurídicos emita sua “voz”.⁴¹⁰ O comando daí originado, segundo Goyard-Fabre⁴¹¹, apresenta exigências mais práticas que teóricas.⁴¹²

Ao propor a análise do que repousa no corpo das instituições, Maccormick e Weinberger permite realizar a ponderação de valores jurídicos antes mesmo do exercício judicante dos tribunais e seus precedentes, como sugere Hart.⁴¹³ Tal análise é relevante para analisar proposições no processo de formulação de políticas públicas que, por sua vez, tem potencialidade de violar Direitos que garantam o exercício das liberdades individuais. Essa discussão revolve, por exemplo, ao enquadramento noticioso já proposto no processo de elaboração da política nacional de doação de órgãos. A política pública torna-se o próprio campo de validação ou limitação das investidas governamentais sobre a liberdade de ação individual.

Do que se viu até o momento, nota-se que o neoinstitucionalismo jurídico

⁴⁰⁹AYRES, C. E. The Instinct of Belief-in-Instincts. *The Journal of Philosophy*, v. 18, n. 21, p. 561-565, out. 1921. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2939519>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁴¹⁰“Na qualidade de serviços fornecidos pelo Estado com o objetivo de melhorar o bem-estar individual e coletivo, todos os direitos jurídicos, constitucionais inclusive, pressupõem decisões políticas (que poderiam ter sido diferentes) acerca de como canalizar recursos escassos de modo mais eficaz em face dos problemas e oportunidades mutáveis que se tem em mãos.” SUSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 175.

⁴¹¹“Para o neo-institucionalismo, o direito tem decerto uma realidade objetiva; mas, longe de ser um fato bruto ou porvir, sua dedução lógica, das regras constitucionais, ele é, por sua dimensão institucional funcionalizada, um fato vivo cujo significado e cuja dignidade dependem do homem.” *In* GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 241.

⁴¹²“MacCormick reconhece os antecedentes teóricos do trato com instituições, na sociologia e em outras disciplinas e formula não uma teoria sobre instituições sociais, mas uma teoria do direito como sistema social normativo, bastante próxima da sociologia das instituições.” *In* BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 30.

⁴¹³HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

mantém a centralidade do Direito. Em paralelo, confere às instituições o peso ideal para tratar de todas as variáveis possíveis que incidem sobre a regulação dos comportamentos. Sem o adequado peso institucional no processo de elaboração de qualquer proposta normativa, faltaria à análise das políticas públicas elementos necessários para refletir sobre os limites da utilização de incentivos comportamentais no próprio ambiente de formulação das políticas públicas. A análise dos conjuntos normativos que compõem as políticas públicas não precisa aguardar seu controle pelos tribunais. Ela pode ser realizada já no começo de sua proposição.

Ao colocar em primeiro plano a regulamentação da autonomia individual e do governo das próprias razões, conforme proposto pelas políticas públicas que fazem uso dos mecanismos da economia comportamental, uma teoria institucional propriamente jurídica apresenta-se mais apropriada para abordar a complexidade desses arranjos normativos. Tal pressuposto é extraído da proposta teórica de Bucci⁴¹⁴, que afirma que:

[...] o desafio reside em estabelecer uma metodologia apropriada para o trabalho jurídico, que permita descrever e compreender, segundo as categorias do direito, uma ação governamental determinada e analisar juridicamente o seu processo de formação e implementação.

Ao citar Weinberger, Goyard-Fabre⁴¹⁵ menciona que “o ser (Dasein) direito é a existência institucional: o direito [...] vigora porque é eficaz enquanto âmbito de ação no complexo de instituições”. Essa perspectiva ampliada sobre o Direito e o fato institucional ajusta-se à ideia de política pública como arranjos institucionais complexos amarrados por uma norma funcionalizadora, que trata também de emitir um significado axiológico a quem se destina.

No âmbito das políticas públicas comportamentais, o Estado propõe uma normatização complexa, oriunda de um pressuposto com elevada carga valorativa, firme no entendimento de que o homem médio deve ter suas escolhas conduzidas por incentivos, uma vez que sua natureza está capturada por vícios no processo de escolha. Bucci⁴¹⁶ propõe a validação de uma teoria institucional que possa dar conta

⁴¹⁴BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 22.

⁴¹⁵WEINBERGER, Oto *apud* GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237.

⁴¹⁶BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca**

desse desafio ao afirmar que:

[...] o método será particularmente útil como ferramenta para o desenvolvimento da chamada arquitetura institucional, a partir da construção de um acervo de modelos de ação, identificando-se estruturas e funções de cada um, suas instituições, organizações e dinâmicas.

[...]

Finalmente, uma metodologia jurídica bem-sucedida esclarecerá as formas próprias de incidência dos controles, sejam judiciais ou não, sobre os elementos que compõem a política pública ou sobre as omissões que a cercam, tema de grande interesse dos atores jurídicos no período mais recente.

O neoinstitucionalismo jurídico tem paralelos interessantes também com a Nova Economia Institucional de North.⁴¹⁷ Pode se afirmar sem embargos que, assim como o Neoinstitucionalismo de Maccormick e Weinberger dá ênfase às instituições como regras do jogo, a Nova Economia Institucional pressupõe que essas regras são construídas pelos indivíduos.⁴¹⁸ Em suma, a Nova Economia Institucional reconhece como as instituições afetam as escolhas políticas e econômicas, e como as preferências dos indivíduos (jogadores) mudam gradativamente as instituições num sistema de influência recíproca. Os elementos que tornam a Nova Economia Institucional similar ao neoinstitucionalismo jurídico foram muito bem pontuados por Huáscar e Fabiano⁴¹⁹:

[...] para North, por exemplo, cada pessoa interpreta o mundo de acordo com seu modelo mental - construído por processos que ainda estamos longe de conhecer. Mas tanto as experiências pelas quais a pessoa passa quanto as informações que lhe chegam são originadas e imiscuídas no ambiente que a rodeia. As gerações passadas transmitem seus modelos mentais e os consequentes hábitos, conceitos, valores, métodos de absorção de conhecimento, regras de conduta e outras instituições através da linguagem (esta, em si, uma instituição primordial). Há, no agregado, uma miscelânea dos modelos mentais de cada indivíduo com sua concepção do mundo em que vive. As mais fortes semelhanças entre esses modelos mentais dão origem a costumes, mitos, cerimoniais, tabus e credos que identificamos por culturas. E a cultura é um determinante na conformação das instituições, *loci* da predominância de um ou alguns modelos mentais. Assim, instituições surgem predominantemente a partir da interação espontânea de indivíduos com modelos mentais semelhantes.

Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 22.

⁴¹⁷Cf. NORTH, D. C. **Institutions, institutional Change and economic performance**. Nova York: Cnabrdge University Press, 1990.

⁴¹⁸MACCORMICK. Law as Institutional Fact. *In*: MAC CORMICK; WEINBERGER. (orgs.) **An Institutional Theory of Law**. [s.l.]: Springer, 1896. p. 49-76.

⁴¹⁹PESSALI, H.; DALTO, F. A mesoeconomia do desenvolvimento econômico: o papel das instituições. **Nova economia**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 11-37, abr. 2010.

Entretanto, as similaridades estão apenas na superfície. Ao aprofundar a compreensão acerca do aspecto institucional de ambos, as diferenças são irreconciliáveis. Enquanto a Nova Economia Institucional trata de uma leitura positiva das relações de custo e benefício dos arranjos jurídicos, o neoinstitucionalismo pós positivista⁴²⁰ não abre mão de discutir a coerência das regras dentro do próprio sistema jurídico – exigência metodológica do positivismo mais ortodoxo não excluída totalmente pelo autor Maccormick, como afirma Bucci⁴²¹:

MacCormick aproxima a noção de instituição à de conceito jurídico, no sentido do conjunto de premissas subjacentes ao trabalho dos juristas, cuja atenção concreta se volta à estrutura do sistema em si e aos tipos de regras, primárias ou secundárias, impositoras de deveres ou atribuidoras de competências, numa referência ao positivismo de Hart. Esses conceitos-premissas atuam como conjuntos coerentes de regras interrelacionadas, de forma que as instituições permaneceriam como referências prévias e posteriores à criação e aplicação do direito.

Compreender, portanto, a instituição como um local de organização e conexão de instâncias de controle social, com variados mecanismos de implementação e execução – nem sempre jurídicos –, confere um grau de confiabilidade e adequação ao neoinstitucionalismo que outras teorias institucionais não possuem.⁴²²

A proposta que integra todos esses elementos normativos dentro de uma mesma noção de instituição falta à escola da Nova Economia Institucional. A Nova Escola da Economia Institucional não tem condições de parametrizar os mecanismos de incentivo, proposta central desta tese. Essa consideração sobre a instituição como um *locus* complexo que enreda diversos mecanismos de controle em movimento não é o propósito do novo institucionalismo econômico de North.

De forma geral, a Nova Economia Institucional lança fortes críticas à economia neoclássica pela indiferença frente ao papel decisivo que as instituições exercem sobre a limitação das escolhas, bem como a ausência de explicação acerca da própria existência das instituições e suas modelagens durante o desenvolvimento do

⁴²⁰MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht: D. Reidel Pub. Co., 1986, p. 49-76.

⁴²¹BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 29.

⁴²²BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas... p. 30.

processo econômico. Todavia, North⁴²³ não descarta, por completo, a teoria da escolha racional, processo pelo qual a economia neoclássica é, até hoje, vinculada pela raiz:

[...] o método teórico da escolha é essencial porque um conjunto logicamente e potencialmente analisável de hipóteses deve ser estabelecido sobre uma teoria do comportamento humano. A força da teoria microeconômica é aquela construída sobre a base de suposições acerca do comportamento individual. [...] As instituições são criações de seres humanos. Elas envolvem os seres humanos e são afetados por eles. Assim, nossa teoria deveria começar com o indivíduo. Ao mesmo tempo, os limites que as instituições impõem sobre as escolhas universais são universais.

Maccormick e North, o primeiro na conjuntura da ciência jurídica, o segundo no contexto da ciência econômica, inserem em suas respectivas teorias o aspecto da institucionalidade. O novo positivismo avança em relação à teoria do positivismo jurídico clássico que o antecedeu, dando especial ênfase para as instituições além de seu constructo meramente jurisdicional. A Nova Economia Institucional faz o mesmo, desta feita em relação aos economistas mais ortodoxos de seu tempo, denominados neoclássicos.

Todavia, somente o novo institucionalismo jurídico poderá analisar em completude o fenômeno da política pública e dos incentivos. A Nova Economia Institucional de North não tem a extensão metodológica capaz de avaliá-la. É possível dizer que sequer se propôs a fazê-la.⁴²⁴

Assim, a proposta de uma parametrização para aplicação de regras em políticas públicas deve levar em conta diversos aspectos que ultrapassam a conotação puramente econômica (eficiência) das regras do jogo, para usar uma expressão comumente atribuída ao conceito de instituição de North. Segundo Bucci, essa definição carece de aprimoramento pelo olhar do direito, “para reconhecer o papel e os modos peculiares de atuação de normas, organizações e costumes

⁴²³NORTH, D. C. **Institutions, institutional Change and economic performance**. Nova York: Cnabrdge University Press, 1990. p. 5.

⁴²⁴Veja-se por exemplo a preocupação expressada por Oliver E. Williansom acerca do novo institucionalismo e sua proposta de inserir as instituições no contexto dos modelos econômicos: “That aspects of antitrust, regulation, corporate governance, and labor law all benefit from adopting a microanalytic point of view in wich trasactions costs are emphasized is, I hope, evident from earlier chapters. More can I sure will be done – to refine extant applications and address addictional issues - in each of those areas. My remarks here, however, focus on the research needs of transaction cost economics in the area of contract – which, after all, is the unfying concept of organization that iluminates all of those areas. WILLIANSOM, O. E. **The Ecnomic Institutions of Capitalism**. New York: Macmillan, 1985. p. 398.

conformados pelo direito [...]”.⁴²⁵

Como instituições e suas normas restringem e limitam as escolhas e o comportamento humano, torna-se necessário estabelecer as pontes teóricas que podem servir para a proposição de um limite claro sobre o alcance dessas regras. O novo institucionalismo jurídico dá um passo adiante nesse sentido.

Essas constatações anteriores não respondem à pergunta principal: a regulação dos comportamentos aplicados via técnicas oriundas da Economia Comportamental é juridicamente compatível? A depender da teoria institucional que se faça uso a resposta final estará limitada pela falta de elementos que possam claramente dizer o alcance das regras em discussão. A resposta que se pretende buscar contempla elementos eminentemente jurídicos, não somente políticos ou econômicos, restritos aos debates acerca da eficiência das regras do jogo colocadas em movimento.⁴²⁶

⁴²⁵BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019. p. 30.

⁴²⁶Cumpra afastar qualquer hipótese de equiparação da eficiência aos conceitos de justiça para os fins desta pesquisa. Isto porque parcela da doutrina censura a utilização do critério de eficiência como a fundação ética para o direito, em explícita menção a primeira Teoria da Eficiência de Richard Posner. Tais críticas podem ser observadas *in* DWORKIN, R. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, 1980. UCHIMURA, G. C.; LIMA, I. V. V. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, p. 2143-2170, 2018. PARREIRA, L.; BENACCHIO, M. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico** vol. 11, 2012. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128010>. Acesso em: 15 jan. 2019. Necessário também mencionar que Richard Posner reviu seu posicionamento definitivamente *in* POSNER, R. A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. O caminho teórico acerca da mudança do paradigma posneriano sobre o eficientismo foi descrito por Bruno Salama *in* SALAMA, B. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *In*: LIMA, M. L. P. (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Semelhante observação pode ser colhida *in* TEIXEIRA, P. F.; SINAY, R.; BORBA, R. R. T. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES** 42, dezembro 2014. Em que pese a relevância da análise econômica do direito posneriana com a exposição do sistema normativo sob enfoque microeconômico, essas mesmas bases continuaram sendo revistas indiretamente pelo Autor quando propôs a releitura da *magnun opus* de John Maynard Keynes, Teoria Geral do Emprego Juros e Moeda, para debelar a crise do sistema financeiro americano de 2008 *in* POSNER, R. A. **How I Became a Keynesian**. The New Republic, set. 2009. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 27 mar. 2018. E também *in* POSNER, R. **A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression**. Harvard University Press, 2009. A abertura desta nota de rodapé levanta um questionamento sobre o alcance das políticas econômicas e sua capacidade preditiva com base na teoria da racionalidade, como descrito na Seção 1. Se, por um lado, a livre decisão dos agentes econômicos não conduz a maximização do bem-estar geral e individual, por outro lado, as políticas públicas behavioristas e sua capacidade interventiva no campo das decisões individuais poderão, sob o império da lei, conduzir o processo de maximização do bem-estar (hipótese). Entretanto, quais são os limites ético-jurídicos para realizar a maximização do bem-estar (tese constitucional)? Em defesa de uma posição eficientista para adoção de políticas públicas ver TABAK, B. M. A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, p. 321-345, 2015. p. 326.

4.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A Constituição Federal tem inúmeras referências sobre políticas públicas em seu conjunto normativo. Logo, a juridicidade do conteúdo não pode ser questionada por ausência de positividade ou mesmo posicionamento sistemática dentro do conjunto de normas e regras que compõem o Direito brasileiro.

Segundo Falla⁴²⁷ “um tema é jurídico (ou econômico, ou político) quando o ponto de vista que se utiliza para seu estudo o é”. Uma vez inserido no preâmbulo constitucional, o princípio do bem-estar tem relevância jurídica, mesmo que limitada. Seria inviável tratar das políticas públicas sem ter em conta uma perspectiva do bem-estar e das políticas públicas sob prisma jurídico. Meros atos de gestão administrativa, especialmente quando construídos para atingir melhores níveis de bem-estar, apresentarão impactos jurídicos. Isso ocorre de forma muito peculiar nas políticas públicas comportamentais.

Se, por um lado, o princípio do bem-estar não goza de aplicabilidade imediata como outras disposições constitucionais, por outro lado, o seu caráter informativo vincula a ação política organizada e orienta o objetivo estatal pela instituição de metas. Mesmo assim, seu alcance é limitado pela ausência de um conjunto claro de instrumentos para sua realização. Por configurar no conjunto de valores preambulares da própria Constituição, sua relevância para o sistema jurídico tem característica informativa, ou seja, é um metaprincípio.

Apesar de carregar a juridicidade constitucional, o que permite a análise de um ponto de vista jurídico, falta ao princípio do bem-estar a clareza que apresentam outros princípios informadores da própria Constituição Federal. Seu conteúdo e significados são abertos e só encontram limitação específica durante o processo de formação da agenda política e da formulação dos mecanismos de atuação da política pública.

Sobre a aplicabilidade dos princípios gerais localizados no preâmbulo da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da respectiva força normativa. O julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076-5, proposta pelo Partido Social Liberal em desfavor da Assembleia Legislativa

⁴²⁷FALLA, Garrido; *apud* GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 4.

do Acre, tratou da omissão no preâmbulo da Constituição acreana da expressão “sob a proteção de Deus”.

A invocação divina constante no preâmbulo da Constituição Federal está, assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, a pluralidade, a fraternidade e a harmonia, no mesmo plano jurídico hierárquico. São princípios norteadores, que não guardam aplicabilidade imediata.

A tese central da Ação Direta de Inconstitucionalidade fundava-se no argumento de que normas centrais da Constituição Federal devem ser obrigatoriamente reproduzidas nas constituições dos Estados-membros da federação, uma vez que são atos normativos de “supremo princípio básico com conteúdo programático” e de absorção compulsória pelos Estados, com incidência direta na ordem legislativa local.

O voto condutor, de lavra do Ministro Carlos Velloso, considerou que o preâmbulo constitucional não está no âmbito do Direito, mas no domínio da política, “refletindo posição ideológica do constituinte”.⁴²⁸ Assim, ao declarar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076-5, as razões do voto condutor consolidaram o entendimento que o preâmbulo deve ser compreendido como proclamação ou exortação de princípios cuja omissão tem reflexos indiretos na ordem local. Entretanto, a exortação da proteção divina não teria a mesma relevância caso omitida no preâmbulo das constituições estaduais locais, razão pela qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente.^{429 430}

O princípio do bem-estar é, portanto, uma norma que informa os programas políticos e sua formulação, uma espécie de meta-objetivo, cuja orientação deve influenciar a atividade política em todos os seus termos.⁴³¹ Outras menções ao

⁴²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076-5**. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, Diário da Justiça, 8 ago. 2003.

⁴²⁹A fundamentação doutrinária do voto foi tomada pela doutrina de Jorge Miranda, que registra três posições sobre a relevância jurídica do preâmbulo constitucional, a saber: (i) a tese da plena eficácia, cuja aplicação tem igual força jurídica de qualquer outro comando constitucional; (ii) a tese da irrelevância jurídica, que não concede ao preâmbulo constitucional qualquer força normativa; e a posição intermediária, (iii) relativa à tese da relevância jurídica indireta, que reconhece a relevância jurídica, todavia, sem conceder ao princípio preambular um local específico dentro do sistema global. Cf. MIRANDA, J. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 197. v. 1, p. 17.

⁴³⁰A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal situa os princípios políticos fora do sistema normativo. Por outro lado, ao supor que os princípios políticos de uma determinada constituição são também integrantes do direito, a problemática da teoria do direito estaria limitada a um problema de legitimidade de produção do direito e limites de sua jurisdição. Essa hipótese foi levantada por Dworkin *in* DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. x.

⁴³¹O conceito de políticas públicas não é definido pela Constituição Federal. Para fins didáticos, as

princípio constitucional do bem-estar no texto constitucional revelam também a incapacidade de compreender o princípio como categoria jurídica autônoma.

Isoladamente, o princípio do bem-estar não tem capacidade de programar de forma automática a maximização do bem-estar social do cidadão brasileiro. A referência ao bem-estar no texto constitucional figura como valor auxiliar, informativo e não programático. Ele completa outros objetivos jurídicos e políticos. É o termo que serve para orientar, invocar ou interpelar outros princípios, normas e estatutos. Por seu caráter genérico, geralmente se relaciona a programas políticos, sistemas e subsistemas legais, projetos e planos de ação estatal.

Notadamente, vale referir a competência comum da União, Estados e Municípios para fixar normas para a cooperação entre si tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, conforme mencionado no artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal.

Igualmente, o princípio do bem-estar é base da ordem social como afirmado no artigo 193, onde estabelece o objetivo de alcançar o bem-estar como premissa da Constituição Federal. No artigo 230, o dever de amparo à pessoa idosa é utilizado como um invocativo ético da família, da sociedade e do Estado.

O princípio do bem-estar, portanto, figura em diversos trechos constitucionais. Ora como princípio programático e evocativo, ora como elemento presente nas políticas de aplicação de metas de bem-estar. Por exemplo, ao estabelecer o dever de amparo à pessoa idosa, a determinação constitucional remete ao plano infraconstitucional, no caso a Política Nacional do Idoso, Lei n. 8.842 de 04 de janeiro 1994.

Em outro exemplo, nota-se como a menção ao valor jurídico do bem-estar no artigo 231, parágrafo 1º, confere as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas *status* especial. No caso dos povos indígenas, o princípio do bem-estar não compõe um elemento político coeso e determinado que delimite seu significado para fins de composição de políticas públicas. Para compreender a vontade estatal sobre o alcance do bem-estar dos povos indígenas é necessário consultar todos os instrumentos jurídicos e administrativos que compõe a integralidade da Política

referências a programas, planos, projetos ou mesmo um mero código orçamentário podem ser equiparadas à política pública, desde que perfaçam um conjunto organizado voltado para o atingimento de uma determinada. HERINGER, F. R. A. **Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas.** Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro-ILB, 2018. p. 63-64.

Pública Nacional de Promoção e Proteção dos Povos Indígenas.⁴³²

Como se pode notar, as políticas públicas com referência constitucional não têm um eixo estruturante.⁴³³ Tampouco pode ser extraído do texto constitucional uma linha argumentativa sobre seu alcance e significado. No campo das políticas públicas comportamentais, cujo objetivo invariavelmente justifica-se pela proposta de aumento de bem-estar, o princípio jurídico serve como justificativa política e moral.

Quando adaptada à proposta de regulação de comportamentos individuais, a ideia de bem-estar deixa de ser um vocativo coletivo e passa a ser um valor funcional. Dado esse contexto, a distinção entre princípios e políticas realizada por Dworkin justifica, dentro da Teoria do Direito, a necessária distinção acerca de padrões legais que não são propriamente regras jurídicas.

A abordagem do princípio do bem-estar social, conforme determinado pela Constituição Federal, pode apresentar contradições internas passíveis de confusão entre a política de bem-estar e o princípio de bem-estar. No caso brasileiro, o princípio

⁴³²Tais fenômenos de desconcentração e descentralização da política indigenista podem ser observados na análise da legislação aplicável à temática indígena. Exemplificativamente, citamos: a) Acerca da educação voltada para os povos indígenas: Lei n. 9394/1996, Lei n. 10172/2001, Decreto n. 26/91, Portaria Interministerial MJ/MEC n. 559/91, Lei 10558/2002, Lei n. 11096/2005, Decreto n. 7778/2012: essas legislações estabelecem que a Funai não possui competência direta para execução de políticas públicas de educação escolar e superior indígenas, cabendo ao Ministério da Educação e às Secretarias Estaduais e Municipais de Educação; b) Acerca da saúde indígena: Lei n. 8080/90, Portaria n. 254/2002, Lei n. 12.314/2010, Decreto n. 7.336/2010, Decreto n. 7778/2012: tais legislações estabelecem que compete à Secretaria de Saúde Indígena, vinculada ao Ministério da Saúde, executar a política de atenção básica à saúde dos povos indígenas, sendo as áreas de média e alta complexidade responsabilidade de Estados e Municípios, no sistema de compartilhamento de atribuições do SUS. Assim, cabe à Funai o papel de monitorar e acompanhar as ações de saúde desempenhadas pela SESAI, Estados e Municípios." Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-aco-es/politica-indigenista?start=6>. Acesso em: 27 out. 2019.

⁴³³A política orçamentária, por exemplo, estabelece regras de orientação obrigatória para a elaboração do orçamento dos entes federativos, com objetivos, metas e prioridades para a elaboração dos Planos Plurianuais e Lei de Diretrizes Orçamentárias. A ordem Econômica contém referências menos sistemáticas dentro do texto constitucional, amparando-se em princípios gerais cujo o desenvolvimento se dá na forma de capítulos, como política urbana, política agrícola e fundiária e reforma agrária. As referências sobre a Ordem social são organizadas pelas matérias, no caso seguridade social, educação cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social, meio ambiente etc. No texto constitucional poder ser notado, ainda, a confusão dos termos, como ocorre com designação da política tarifária, cujo o nome mais apropriado seria regime tarifário. A política pública de saúde ganha uma conotação completamente diversa de todas as menções sobre política pública no contexto constitucional. Do artigo 198 ao 2000 a mensagem constitucional impõe ao Sistema Único de Saúde uma finalidade e não uma meta: a maximização dos serviços de saúde com fundamento em diretrizes: (i) descentralização, (ii) atendimento integral prioritariamente preventivo e (iii) participação comunitária. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF) e o Fundo da Educação Básica (FUNDEB), são referidos como programas e incorporados à Constituição Federal mediante Emendas, cuja característica principal é a redistribuição orçamentária, uma vez que determina a destinação de recursos para finalidades educacionais entre estados e municípios. *In* BUCCI, M. P. D. **O conceito de política pública em direito**. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p.15-18.

do bem-estar pode ser interpretado como a “expressão de um objetivo”, ou seja, a constante busca de processos de incremento do bem-estar como meta inexaurível. Por outro lado, a política pública pode ser identificada como a vontade do planejador central colocada em perspectiva concreta, no caso o sentido moral e meritório da busca pelo bem-estar como dimensão da moralidade política.⁴³⁴

Dworkin⁴³⁵ ainda aponta o risco da adoção irrestrita de uma tese utilitarista, que está na base das políticas voltadas ao bem-estar geral (assegurar maior felicidade para o maior número), uma vez que os princípios de justiça acabam por configurar declarações disfarçadas de objetivos. Segundo Dworkin⁴³⁶, mesmo quando os princípios se assemelham às regras, deles não decorre consequência jurídica automática sem preencherem determinadas condições da realidade.⁴³⁷ Por isso que o bem-estar, como valor político para proposição de políticas públicas, não pode ser tomado como uma carta-branca ao planejador central. Denota-se, portanto, que a busca pelo bem-estar deverá ser operacionalizada como suporte de um conjunto de instrumentos jurídicos e não jurídicos, que só exprime significado quando colocados em prática por meio de políticas públicas.

Há, por conseguinte, que diferenciar a proposta do princípio do bem-estar, das políticas públicas que se utilizam dessa ideia para aplicar a regulamentação de comportamentos individuais. Especialmente quando a origem utilitarista do conceito (assegurar maior felicidade para o maior número) pode violar a esfera e a garantia de direitos individuais.

Os elementos que formam esse conjunto de fatores e os instrumentos que dão suporte ao plano público de maximização deste valor jurídico, bem como as metas estatuídas com a finalidade de aumentar níveis de bem-estar, formam o complexo arranjo institucional que compõem o conjunto de determinações das políticas públicas comportamentais. Esse conjunto não pode ser colocado em prática sem uma clara limitação quanto ao alcance das suas proposições. O maior benefício para maior número, como determina o princípio mais basilar do utilitarismo, não pode ser buscado mediante o sacrifício de liberdades individuais, a última trincheira de proteção dos direitos liberais clássicos em face das investidas estatais.

⁴³⁴DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2010. p. 36.

⁴³⁵DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 40.

⁴³⁶DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 40.

⁴³⁷DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p. 40.

Tirados desse específico contexto, a incerteza quanto a definição jurídica do conceito de bem-estar somente pode ser avaliada quando inserida em um conjunto normativo concreto, ou seja, a partir de metodologias específicas próprias que possam identificar a relação de significados com outras esferas do exercício das liberdades, como a própria a liberdade de praticar escolhas erráticas (tabagismo, alimentação, aposentadoria). Isto é, controlar a adequabilidade da política pública em relação ao sistema jurídico como um todo. Some-se, ainda, o fato de que somente quando considerados em conjunto, os atos sequenciais e juridicamente concatenados podem ser avaliados em vista da sua eficiência alocativa.⁴³⁸

A análise jurídica do conjunto de atos e normas que compõem a política pública comportamental apresenta uma característica integradora⁴³⁹, ou seja, a política de bem-estar adotada deverá se acomodar com outros valores jurídicos do mesmo sistema jurídico. A partir dessa análise, que se dá ainda no processo de formação e proposição da política pública, segue-se para a avaliação de sua eficiência sistêmica.⁴⁴⁰

⁴³⁸É preciso manter em cotejo o objetivo jurídico constitucional de bem-estar, valor normativo da Constituição da República. Por rigor metodológico não trataremos nesta Seção da Economia de Bem-estar, ramo da análise econômica que tem por objeto de estudos a maximização do bem-estar social. Evidente que, a similaridade dos objetos não implica automaticamente que se trata do mesmo percurso (método) analítico. Enquanto a Economia do Bem-estar contempla os princípios econômicos com base nas teorias Valfredo Pareto, Arthur Pigou, Ludwig Von Mises, Lange, Keneth Arrow e James Buchanan, o valor jurídico constitucional de bem-estar é abordado como princípio jurídico-político de aplicabilidade indireta. Sobre a história da Economia do Bem-estar cf. BRUE, S. L. **História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learnign, [20-]. p. 393.

⁴³⁹Para Ruy Cirne Lima: "O conceito de atividade, portanto, não configuraria propriamente um novo regime, mas uma perspectiva de agregação, para análise e aplicação do direito, segundo um ponto de vista mais largo que aquele relacionado diretamente a cada ato ou fato." LIMA, R. C. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

⁴⁴⁰A despeito das diversas acepções do conceito de eficiência administrativa, cumpre citar que após a constitucionalização da eficiência na Constituição Federal de 1988 o termo ganhou conotações jurídicas próprias, em paralelo das Ciência da Administração e Economia conforme aduz Emerson Gabardo in GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 86-91. Para Odete Medauar a eficiência é um princípio que norteia toda a administração pública in MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed., São Paulo: RT, 2000. p. 141. Para Egon Bockmam Moreira a eficiência administrativa é o cumprimento da finalidade normativa in MOREIRA, E. B. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141. Mais uma vez, segundo Emerson Gabardo, o princípio constitucional da eficiência deve ser tomado a partir de uma interpretação conforme a Constituição Federal e de forma não ideológica in GABARDO, E. **Eficiência e Legitimidade do Estado – Uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Público**. São Paulo: Manole, 2003. p. 185. Diogo de Figueiredo Moreira Neto conecta o princípio da eficiência com o dever de boa administração, que passou a ser acolhido por novos conceitos gerenciais em vista da eficiência da ação administrativa in MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 106-107. Para Marçal Justen Filho o princípio da república basta para abarcar o dever de utilização eficiente dos recursos públicos in JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 108.

A ausência de força normativa do princípio jurídico do bem-estar reforça a impossibilidade semântica da definição do conceito fechado de políticas públicas. A finalidade, o objetivo, a meta a ser estatuída em vista do aumento do bem-estar deve ser discutida em âmbito administrativo, de formar a aplicar um parâmetro de aplicação caso a caso. De outra forma, seria impossível delimitar o universo do discurso, e especificar a propriedade e extensão dos seus domínios, a fim de estabelecer relações entre seus elementos.⁴⁴¹

O tratamento jurídico que se dá à questão das políticas públicas no Brasil é sobremaneira peculiar. Face a disposição analítica da Constituição Federal, as referências ao termo “políticas públicas” podem assumir diversos significados. Essa natureza polissêmica do termo políticas públicas permitiu que sua utilização – desta feita aplicada somente ao contexto jurídico e suas relações – pudesse significar tanto norma, em seu sentido tradicional, como também princípios e programas.⁴⁴²

Basta analisar a dissonância entre os significados de políticas públicas inseridos no Plano Nacional de Viação e o no Sistema Único de Saúde. Enquanto o primeiro faz referência ao sistema de contratos administrativos e o regime tarifário da concessão dos serviços públicos (art. 175, II, CF); o segundo encerra em si princípios jurídicos como a universalidade, a igualdade de tratamento e redução de riscos. São conjuntos de atos e normas de natureza heterogêneos, com comandos normativos completamente diferentes.⁴⁴³

Ao analisar a possibilidade do controle jurisdicional sobre políticas públicas, Comparato⁴⁴⁴ foi pioneiro ao levantar a dificuldade em estabelecer os contornos do que seria um programa político passível de avaliação judicial, uma vez que a política pública é atividade em movimento com vistas a um determinado objetivo ou meta.

⁴⁴¹MORTARIA, C. A. **Introdução à Lógica**. Unesp: São Paulo, 2001. p. 323.

⁴⁴²Os objetivos constitucionais são tarefas ou finalidades que justificam o processo ou o determinam *in* GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 81.

⁴⁴³COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELO, C. A. B. (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo, Malheiros, 1997. v. 2, p. 353-354.

⁴⁴⁴“O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado ‘ato do comércio’) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal na economia. A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomadas isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio”. COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELO, C. A. B. (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo, Malheiros, 1997. v. 2, p. 353-354.

Comparato⁴⁴⁵ afirma que uma lei que dá suporte à política pública pode ser invalidada por exame jurídico sem, no entanto, invalidar a finalidade do programa político. Da mesma forma uma política pública pode ter sua finalidade questionada sem afetar a lei que lhe conforma. O que está sob análise, ao fim, é o conjunto da atividade administrativa, mesmo quando sua análise jurídica se dê por partes.

Dado esse contexto, vale lembrar que as políticas públicas elaboradas com fundamento em mecanismos comportamentais são perfeitamente compreendidas por essa noção jurídica, consistente no conjunto de atividades tomadas para o atingimento de metas ou objetivos – que por sua vez diferem da norma tradicional, que tem por características a generalidade e a abstração.⁴⁴⁶ Como explica Bucci⁴⁴⁷, a política pública enquanto conjunto de atividades tem “endereço certo”. Elas são concretas, tem objetivo específico e metas determinadas.

Definida a ideia de um conjunto normativo complexo, cumpre identificar o espaço – dentro da hierarquia do sistema – destinado às políticas públicas. Bucci⁴⁴⁸ localiza as políticas públicas “abaixo da norma constitucional e acima ou ao lado das infraconstitucionais”, uma vez que a sua natureza experimental se equipara às normas de tipo especial, afastando-se das abstrações e generalidades típicas das normas gerais.⁴⁴⁹

4.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO BRASIL

A relação entre o Direito e Economia Comportamental, agora tomada como um método próprio de proposição normativa de políticas públicas, tem no Brasil algumas aplicações nos campos da saúde, da previdência e de consumo.⁴⁵⁰ Primeiramente, e conforme já mencionado nos exemplos anteriores, é importante destacar que a aplicação e o desenho dos incentivos consideram os aspectos culturais

⁴⁴⁵COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELO, C. A. B. (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo, Malheiros, 1997. v. 2, p. 353-354.

⁴⁴⁶BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 25.

⁴⁴⁷BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito... p. 25.

⁴⁴⁸BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito... p. 25.

⁴⁴⁹BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito... p. 25.

⁴⁵⁰Ferreira cita experiências no campo da poupança, crédito e endividamento, compras compulsivas, decisões domésticas, socialização econômica e meio ambiente. *In*: FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234-264.

do seu espaço de incidência. Isso torna a Economia Comportamental uma ferramenta dinâmica, maleável e adaptável ao contexto de sua execução.

A capacidade persuasiva dos métodos de incentivo tomou forma no seio do aparelho burocrático administrativo estatal pela criação de novas esferas de regulamentação e controle.⁴⁵¹ Essa aceitação do behaviorismo como elemento de construção de políticas advém, em grande parte, da capacidade de adequação dos seus pressupostos científicos aos contextos socioculturais de cada comunidade envolvida. A propósito de sua adoção como instrumento de transformação social, o behaviorismo considera os aspectos culturais de cada sociedade, de forma a que o seu ambiente de aplicação precisa também considerar essa variável como elemento fundamental.⁴⁵²

Mesmo em arranjos constitucionais de matriz liberal, nos quais o entendimento comum repousa na ideia de que não compete ao Estado a condução da sociedade civil para a realização de finalidades individuais, o avanço de políticas públicas baseadas em incentivos é uma novidade com amplo grau de adesão e convencimento na esfera governamental.⁴⁵³

Dois fatores são fundamentais para que programas governamentais baseados em incentivos comportamentais começassem a ser desenhados e implementados, tanto no Brasil, como em outros países: (i) baixo custo de implementação e, (ii) eficiência.

No contexto americano, os baixos custos de implementação figuram como uma das características principais da *Executive Order* n. 13563, de 18 de janeiro de 2011. Este documento deu início oficial ao conjunto de atos administrativos que findaram na *Executive Order* n. 13707, de 15 de setembro de 2016, que definiu o guia de aplicação governamental de incentivos comportamentais no âmbito do governo

⁴⁵¹“Os cidadãos em todo o mundo estão, cada vez mais, exigindo serviços públicos melhores. Mas, especialmente no Brasil, a crise econômica e os déficits fiscais têm desafiado os governos a encontrarem soluções mais eficientes para prestarem serviços efetivos. Por isto, é ainda mais urgente adotar inovações que tragam resultados comprovados, como a ciência comportamental aplicada, sendo o Nudge uma das suas principais aplicações. (...). De fato, era o começo de um movimento global. Hoje, vários países e cidades criaram ou estão criando suas próprias unidades de ciência comportamental aplicada, também chamadas de Unidades de Nudge.” MOULIN NETO, José. Usando Nudge no setor público brasileiro. Estadão, 18 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/blog-do-mlg/usando-nudge-no-setor-publico-brasileiro/>.

⁴⁵²DA ROCHA, C. A. A.; CALIXTO, F. C. Comportamento, escolha e políticas públicas: intersecções entre paternalismo libertário e planejamento cultural. In: ZILIO, D. (org.) **Comportamento em Foco**. São Paulo: Associação Brasileira de Psicologia e Medicina Comportamental – ABPMC, 2018. v. 8, p.32.

⁴⁵³COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar.1997.

norte americano.

São cinco os eixos fundamentais que orientam a formulação de regulamentos oficiais conforme a *Executive Order* n. 13563: (1) adoção de regulamentos cujos benefícios justifiquem os custos; (2) adaptação de regramentos que imponham o menor ônus à sociedade dentre as opções disponíveis; (3) a maximização dos benefícios líquidos (incluindo potenciais ganhos nos contextos econômico, ambiental, saúde e segurança pública; impactos distributivos; e patrimônio); (4) detalhamento dos objetivos de desempenho; e (5) identificação e avaliação de alternativas à regulação direta, incluindo o incentivo econômico com vistas ao atingimento do comportamento desejado, como taxas de usuário ou licenças comercializáveis, ou informações sobre as escolhas que podem ser ampliadas ao público alvo.

Por sua vez, a *Executive Order* n. 13707, de 15 de setembro de 2016, que definiu o guia de aplicação governamental de incentivos comportamentais nos Estados Unidos da América, foi organizada em torno de quatro eixos fundamentais: (1) acesso aos programas e políticas públicas comportamentalistas; (2) publicização de todos os termos ao público alvo; (3) estruturação ordenada dos incentivos dentro de um programa de aplicação; e (4) arquitetura de incentivos.⁴⁵⁴

No Brasil, a ponderação de custos e benefícios foi recentemente abordada pela Lei n. 13.484 de 25 de junho de 2019, que definiu regras de gestão, organização, processos decisórios e o controle social das agências reguladoras. Ainda incipiente, o artigo 6º da referida legislação trouxe a figura da Análise de Impacto Regulatório, cujo objetivo final busca apresentar informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo quando presente o interesse dos agentes econômicos,

⁴⁵⁴No Brasil, desde muito já se nota um tom crítico acerca da aplicação indiscriminada da Análise Econômica do Direito no cenário nacional, sob o argumento de que a realidade brasileira não comportaria a introdução direta de doutrina elaborada para o cenário jurídico norte-americano. Com preocupação similar, Tokars advertiu sobre a necessidade de adaptar conceitos importados, de realidades distintas, ao sistema normativo brasileiro, sem a devida depuração acerca de eventual antinomia entre as propostas *in* TOKARS, F. **Por uma Law and Economics tupiniquim**. Estado do Paraná, Curitiba, 13 de janeiro, 2008. p. 16. A importação acrítica da Análise Econômica do Direito é também mencionada em PINHEIRO DE SANTANA, P. V.. Análise Econômica do Direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**, v.6, n. 1, jul. 2014. p. 173. Citando Mark Kelman, Rafael Zanata que os críticos sugerem – dentre estes Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy – que a escola de Chicago encobertava forte caráter ideológico de direita *in* ZANATTA, R. A. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília**, n. 10, 2011. p. 13. De forma similar, Paula Andrea Forgioni sugere a ideia de um “mercado simulado”, estimulado pela Análise Econômica do Direito e a serviço unicamente dos interesses do mercado capitalista *in* FORGIONI, P. A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *In*: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. (orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 428.

consumidores ou usuários dos serviços prestados. Não existe, entretanto, qualquer vinculação ou menção expressa sobre o alcance dos efeitos de políticas públicas comportamentalistas nesse contexto regulatório.

Apesar dessa omissão, existem no Brasil algumas iniciativas que aplicam a metodologia da arquitetura de incentivos no âmbito de políticas públicas com vistas à regulamentação de comportamentos individuais. Cabe mencionar algumas dessas iniciativas já implementadas no cenário brasileiro.⁴⁵⁵

Com a missão institucional de aumentar a eficiência e efetividade dos procedimentos administrativos, a Prefeitura do Rio de Janeiro criou o Nudge.Rio, que se apresenta como a primeira célula de desenvolvimento de processos públicos e governamentais com embasamento comportamental do Brasil. Segundo a Prefeitura do Rio de Janeiro⁴⁵⁶:

[...] a Nudge.Rio é uma célula dentro da estrutura do Instituto Fundação João Goulart com a missão de disseminar o conceito de Ciência Comportamental Aplicada nos órgãos da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro – PCRJ, principalmente em projetos do tipo Nudge, para aumentar a efetividade de iniciativas e políticas públicas, beneficiando toda a metrópole do Rio de Janeiro. Os programas visam, em geral, atender as demandas do poder público municipal, como a redução da inadimplência das contribuições municipais, erradicação da evasão das matrículas no ensino infantil, e mesmo evitar a falta em exames médicos marcados pelo sistema de saúde municipal.

Ainda em estágio de consolidação, as iniciativas desta célula de pesquisa e formulação de política públicas comportamentais visam, em geral, a atender às demandas do poder público municipal, como a redução da inadimplência das contribuições municipais, erradicação da evasão no ensino infantil, mobilidade urbana e diminuição das faltas injustificadas em agendamentos no sistema de saúde municipal.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵O impacto regulatório do behaviorismo em políticas públicas sobre a liberdade individual será tratado no Seção 4, conforme metodologia sugerida por OLIVER, Adam. Assessing Social Care policy through a behavioral lens. **Mind & Society**, v. 17, p. 39-51, 2018. As políticas públicas ora mencionadas não foram escolhidas mediante levantamento quantitativo sobre o número de ocorrências em outros países. O levantamento quantitativo de políticas públicas comportamentais pode ser consultado no relatório *Nudging all over the World: Assessing the Global Impact of the Behavioural Sciences on Public Policy*, que revelou a existência de 51 países com alguma proposta para a aplicação de mecanismos comportamentais ao desenho de políticas públicas. Cf. WHITEHEAD, M. *et al.* Nudging all over the World, Assessing the Global Impact of the Behavioural Sciences on Public Policy. **Economic & Social Research Council**, Aberystwyth, p. 1-38, set. 2014.

⁴⁵⁶Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/fjg/exibeconteudo?id=8059802>. Acesso em: 9 nov. 2019.

⁴⁵⁷Outro experimento de referência patrocinado pela Nudge.Rio é denominado Travessia + Legal. Realizado em novembro de 2018, a intervenção baseada na metodologia nudge em via não sinalizada fez com que as pessoas reduzissem movimentos indesejados nas vias públicas em até 30%. Cf. RIO

O programa Aumentando a Adesão na Matrícula On-line focou o problema da baixa adesão na primeira etapa do processo de matrícula *on-line* que, ante a inércia dos responsáveis legais gerava um aumento significativo de filas de espera no segundo momento de abertura das vagas, destinado unicamente para a seleção das escolas que mantinham vagas remanescentes não preenchidas durante a primeira etapa do processo.⁴⁵⁸

A crenças enraizada no hábito da comunidade promovia o deslocamento desnecessário dos responsáveis legais até os centros educacionais, com aumento significativamente das filas de atendimento. Historicamente a presença física dos pais ou responsáveis legais garantia a vaga sistema de ensino municipal, hábito que perdura até hoje em diversas localidades do país.⁴⁵⁹

A proposta de alteração de comportamentos dos indivíduos responsáveis pela matrícula dos alunos foi abordada mediante a aplicação da metodologia *nudge*.⁴⁶⁰ Diante desse quadro de aumento físico das filas, os gestores públicos elaboraram quatro comunicações destinadas aos pais e responsáveis conforme os quatro grandes grupos de tratamento, separados pelas características previamente desenhadas para cada grupo.⁴⁶¹

As mensagens enviadas a cada grupo de tratamento abordavam de forma diferente o problema da matrícula, de maneira a enquadrar o estímulo conforme as características previamente definidas e promover maior engajamento dos interessados no uso das plataformas digitais de atendimento.

Os resultados demonstraram que as mensagens eletrônicas enviadas tiveram um resultado médio de efetividade de 55% (cinquenta e cinco por cento) sobre o grupo de controle, que não recebeu estímulo nenhum.⁴⁶² Colha-se a conclusão do experimento⁴⁶³:

DE JANEIRO. **Travessia + Legal**. Fundação João Goulart. [s.n], p. 2. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9430379/4234102/PAPERTRAVESSIALEGAL.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.

⁴⁵⁸RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**. Fundação João Goulart. [s.n], p. 2. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9430379/4234101/PAPERMATRICULAONLINE2016.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.

⁴⁵⁹RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**... 2019.

⁴⁶⁰RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**... 2019.

⁴⁶¹RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**... 2019.

⁴⁶²RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**... 2019.

⁴⁶³RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**... 2019.

[...] os resultados apresentados no presente projeto da metodologia Nudge aplicado à Educação, visando aumentar a adesão ao primeiro momento da matrícula online da Secretaria Municipal de Educação, mostram que a utilização da metodologia na área de políticas públicas possui boa aderência e deve ser mais bem explorada para se tornar uma ferramenta efetiva na tomada de decisão do poder público. A intervenção mais efetiva, demonstrada no experimento em tela e no infográfico abaixo, foi aplicada em larga escala no processo de matrícula 2018 e apresentou resultados satisfatórios, confirmando os resultados obtidos no experimento de 2017.

No campo da educação financeira, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, instituição criada no objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil, optou por investir na criação de um setor específico para tratar dos estudos comportamentais dos investidores.

A deliberação CVM n. 720, de 25 de abril de 2014, criou o Núcleo de Estudos Comportamentais (NEC), no âmbito da Superintendência de Proteção e Orientação aos Investidores (SOI), que em seu inciso primeiro apresenta o objetivo de oferecer reflexões, sugestões, críticas, recomendações e subsídios técnicos, baseados em evidências e conhecimentos de economia comportamental, neurociências, pedagogia e psicologia econômica, social e cognitiva, entre outros, que contribuam para o aprimoramento da eficiência e efetividade das políticas de educação, incluindo informação e orientação ao investidor. O grupo específico de estudos comportamentais previsto detém ampla competência para atuar na sugestão de políticas públicas específicas no setor de educação financeiras, finanças e investimentos.⁴⁶⁴

Em complementação, na Deliberação n. 721/2014, tomada em reunião realizada em 22 de abril de 2014, o colegiado da CVM resolveu criar a Coordenação

⁴⁶⁴Deliberação CVM n. 720/2014, inciso II – o Núcleo orientará a CVM, especificamente, no desenvolvimento das seguintes atividades: a) desenvolver intervenções de natureza educacional, inclusive sob a forma de projetos-piloto, que contribuam para estimular comportamentos financeiros que favoreçam a formação de poupança de longo prazo e a tomada de decisão de investimento consciente e bem informada; b) desenvolver indicadores capazes de inferir mudanças em percepções, sentimentos, emoções, atitudes e comportamentos relacionados ao mundo financeiro para utilização em avaliações de impacto; c) desenvolver estudos e pesquisas aplicadas no campo da formação de poupança de longo prazo e investimento; d) utilizar ou testar métodos e técnicas de diferentes áreas do conhecimento, a fim de avaliar e desenvolver metodologias adequadas para a educação dos investidores; e) ouvir de forma qualificada o público para melhor definir suas características e necessidades de proteção e educação, delimitando os problemas previamente à proposição de soluções; f) favorecer a utilização de novas plataformas eletrônicas e de meios de comunicação para ampliar o acesso aos debates, alcançando indivíduos e organizações não normalmente envolvidas; g) estimular a colaboração entre diferentes especialistas nas fases iniciais do processo de desenho de intervenções para assegurar sua implantação de forma bem sucedida; h) gerar sumários de evidências colhidas em iniciativas próprias e a partir da experiência de terceiros; e i) divulgar conclusões e respectivas bases de dados para análises de outros pesquisadores.

de Estudos Comportamentais e Pesquisa, “para identificar insights em ciências sociais e comportamentais que subsidiem a formulação de políticas públicas, principalmente no que diz respeito a ações educacionais.”⁴⁶⁵

Destaca-se o Projeto Educação Financeira para além do conhecimento, com o objetivo de estimular a cultura da poupança em ativos financeiros. O plano de fundo das proposições do projeto menciona expressamente a meta de incremento do bem-estar financeiro do público alvo e “está relacionado a um “retrato” da situação e da habilidade financeira de uma pessoa, quanto aos aspectos de segurança e liberdade de escolha”.⁴⁶⁶

Ainda no campo das finanças pessoais, a Fundação Procon - SP desenvolveu o Programa de Apoio ao Superendividado em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo objetivo é auxiliar os consumidores com alto comprometimento da renda familiar a saldar dívidas de natureza financeira.⁴⁶⁷ Considerando que a má administração do orçamento familiar decorre, em grande

⁴⁶⁵“Tendo em vista que os estudos sobre tomada de decisão têm demonstrado que as decisões financeiras nem sempre são tão racionais quanto se pode supor, a CVM passou a promover e a estimular estudos sobre comportamento financeiro, no intuito de expandir suas iniciativas educacionais e de contribuir para o aperfeiçoamento da regulação. Através delas, pretendemos atuar de modo mais eficaz no incentivo à formação de poupança e à tomada de decisões financeiras mais informadas. O “Penso, logo invisto?” é o blog da CECOP, da Superintendência de Proteção e Orientação aos Investidores (SOI). Ele foi criado para estabelecer um canal de colaboração com a comunidade acadêmica, divulgando artigos científicos e propondo temas para discussão. A interrogação no título tem o intuito de provocar o debate sobre a racionalidade das decisões financeiras e assim convocar os interessados no tema a contribuírem para a discussão.” Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/estudos/estudos.html>. Acesso em: 2 mar. 2019.

⁴⁶⁶“Na esfera das políticas públicas, tem sido cada vez mais importante utilizar uma abordagem inspirada em evidências para formular e avaliar programas e projetos. Construir critérios de análise, compreender a efetividade e avaliar os custos de uma política são parte do planejamento estratégico na formulação das políticas públicas de Educação Financeira fomentada pela CVM. A escala de bem-estar financeiro descrita anteriormente é um dos instrumentos utilizados pela CECOP para avaliar este e outros programas de Educação Financeira promovidos pela CVM.

Na CECOP há um esforço dirigido para a realização de estudos qualitativos e quantitativos para subsidiar a formulação de indicadores de avaliação de impacto do Programa “Educação Financeira para além do conhecimento” e para compreender os comportamentos econômicos da população estudada. Com essa metodologia, pretende-se propor um produto educacional que esteja congruente com o contexto específico dos indivíduos a serem atingidos.

Desse modo, na fase exploratória do programa foram realizadas pesquisas com grupos focais e questionários semiestruturados, além de testes de escalas de construtos psicológicos. Com os subsídios colhidos na fase inicial, além de extensa pesquisa bibliográfica e entrevistas com pesquisadores e gestores de programas similares nacional e internacionalmente, buscou-se montar um planejamento de produtos educacionais aliados às novas tecnologias para facilitar o acesso da população a uma Educação Financeira que leve em consideração não apenas conhecimentos financeiros, mas também aspectos comportamentais que determinam o modo de funcionamento financeiro de indivíduos, famílias e comunidades.” Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/estudos/estudos.html>. Acesso em: 9 mar. 2019.

⁴⁶⁷PROCON-SP. **Programa de apoio ao superendividado - PAS**. 2019. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/espaco-consumidor/#ApoioSuperendividado>. Acesso em: 9 nov. 2019.

parte, de um grave desvio da racionalidade econômica, o programa contempla orientações, sugestões, reeducação e planejamento orçamentário, no sentido de impulsionar a tomada de decisões mais racionais do ponto de vista do comprometimento financeiro do consumidor.

Os esclarecimentos prestados pelo programa compreendem também palestras de cunho psicológico e comportamental, com o objetivo de alertar para as armadilhas do mercado de ofertas que podem conduzir o consumidor para estados de superendividamento.

A obesidade infantil também tem sido objeto de aplicação da metodologia de incentivos comportamentais. Uma ação coordenada entre iniciativa privada, pesquisadores e poder público demonstrou como a aplicação de políticas públicas baseadas em incentivos pode modificar a realidade de uma comunidade.

Em agosto de 2016, as pesquisadoras Ferreira e Sapunar publicaram a síntese de um programa público de redução da obesidade infantil aplicado em São José do Rio Pardo, denominado *Nudging for good: o caso do Programa Unidos por Crianças Mais Saudáveis*.⁴⁶⁸ As autoras descrevem como um desenho bem aplicado da arquitetura das escolhas pode contribuir para aumento significativo da qualidade de vida entre um determinado segmento da sociedade⁴⁶⁹:

[...] o caso descrito se refere ao problema da obesidade infantil, que começou a ser endereçado por meio de um programa patrocinado por uma grande empresa do ramo da alimentação, envolvendo setor público, privado e sociedade civil. Informado por insights comportamentais, o programa foi estruturado sob a forma de um piloto, testado numa cidade de 50 mil habitantes, no interior de São Paulo. [...] Como vem ocorrendo em muitos países no mundo, o Brasil apresenta, atualmente, um contexto nutricional no qual 49% dos adultos sofrem de sobrepeso ou obesidade, com mais de 1/3 das crianças na mesma situação. Este quadro aponta para implicações graves no âmbito da saúde pública, já que as crianças, hoje, podem ter, pela primeira vez na História, uma expectativa de vida menor do que seus pais, em decorrência de problemas associados à obesidade. Uma empresa multinacional, que atua no ramo da alimentação em 194 países, e está no Brasil desde 1921, decidiu lançar uma campanha global de conscientização sobre esse problema, visando mudanças de comportamentos que podem induzir à prevalência da obesidade. O programa Unidos Por Crianças Mais Saudáveis teve início em 2014, como parte da comemoração dos 150 anos da empresa, e tem como objetivo estabelecer e incentivar hábitos de vida e alimentação mais saudáveis para crianças de 0 a 12 anos de idade, por meio

⁴⁶⁸FERREIRA, V. R. M.; SAPUNAR, B. **Nudging for good: o caso do Programa Unidos por Crianças Mais Saudáveis**. FGV EAESP - GVcef - 03º Encontro Brasileiro de Economia e Finanças Comportamentais. Ago. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18893>. Acesso em: 9 nov. 2019.

⁴⁶⁹FERREIRA, V. R. M.; SAPUNAR, B. **Nudging for good: o caso do Programa Unidos por Crianças Mais Saudáveis**... p. 1.

de informação e iniciativas educacionais dirigidas a elas, seus pais e cuidadores.

O resultado colhido após a aplicação dos incentivos foi satisfatoriamente recepcionado pela comunidade, prefeitura municipal e iniciativa privada conforme os seguintes indicadores: (i) escolha de alimentos variados e nutritivos, (ii) engajamento na prática de exercícios, (iii) redução de peso.

Nos quatro exemplos mencionados acima (aumento de matrículas escolares, educação para investimentos, combate ao superendividamento e obesidade infantil), as políticas públicas que respaldam a aplicação de incentivos comportamentais apresentam algumas similaridades. Em nenhum dos casos a manipulação cognitiva proposta pelo planejador central veda o pleno exercício das escolhas livres.

Em quaisquer das hipóteses, o público alvo da regulamentação de opções pode – a qualquer mometo – não fazer qualquer tipo de escolha dentre aquelas dipostas nos programas citados. Não participar é uma possibilidade concreta. A não participação não gera custos ao indivíduo, tampouco a violação de direitos de qualquer natureza.

Por outro lado, questões que envolvem a coordenação e regulamentação de direitos atinentes à aposentadoria, como nos casos de regimes públicos de previdência, a aplicação de incentivos como o *nudging* e a opção *default* para estimular adesões automáticas podem suscitar inúmeras controvérsias. Essa preocupação foi abordada por Nery⁴⁷⁰, no caso das modificações do plano de previdência pública dos servidores da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp).

Dada a natural tendência procrastinória (miopia)⁴⁷¹, inercial⁴⁷² e conservadora (*status quo*)⁴⁷³ dos contribuintes, a Lei n. 13.183, de 2015 instituiu a adesão

⁴⁷⁰NERY, P. F. **Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 15 fev. de 2018.

⁴⁷¹ARIELY, D. **Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions**. New York: Harper Perennial, 2009. MURAMATSU, R. Lições da Economia Comportamental para o Desenvolvimento e a Pobreza. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (Org.). **Guia de economia comportamental e experimental**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

⁴⁷²MADRIAN, B. C.; SHEA, D. F. The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings. **Quarterly Journal of Economics**, v. 116, p.1149-1187, 2001. SAMSON, A. Introdução à Economia Comportamental e Experimental. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (Org.). **Guia de economia comportamental e experimental**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

⁴⁷³SAMUELSON, W.; ZECKHAUSER, R. J. Status quo Bias in Decision Making. **Journal of Risk and**

automática (opção padrão) para os novos ingressantes da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp).

Para Nery⁴⁷⁴, “a adesão automática, como a configuração padrão de um software, é um nudge por excelência”. Nery⁴⁷⁵ conclui que apesar de moralmente justificáveis, “*nudges* como os apresentados neste texto para a previdência pública e a previdência complementar não têm potencial para mudar a dramática trajetória do país nesta questão.” Todavia, a alteração sobre a esfera de Direitos dos beneficiários do sistema é significativa.

O autor menciona também o risco da excessiva utilização dos incentivos comportamentais que, diante da recente popularidade que ganhou perante a burocracia estatal, tem sido utilizado como apanágio para situações que demandam intervenção mais incisiva dos planejadores centrais.⁴⁷⁶

Além dessa preocupação com a excessiva aplicação de tais técnicas pelos planejadores centrais, o quadro de recente expansão dos incentivos comportamentais em países como o Brasil apresenta questionamentos sobre a própria legitimidade das medidas em cenários de baixo desenvolvimento educacional, limitações materiais e supressão de direitos básicos.

Para Jones⁴⁷⁷, a influência do quociente de inteligência individual no desenvolvimento dos países tem relação direta com a capacidade dos incentivos cognitivos apresentarem resultados eficientes. Com evidências em testes empíricos, o autor menciona que os indivíduos que apresentam alta pontuação em testes de Q.I. são menos propensos a situações que estimulam o consumo imediato. Portanto, quanto mais inteligentes, menos sujeitos aos vieses comportamentais. O autor arremata: “pessoas mais inteligentes são mais pacientes”.⁴⁷⁸

Isso demonstra a correlação entre o desprezo dos efeitos a longo prazo – altas taxas de desconto hiperbólico – e reduzidos índices educacionais, característica de países como o Brasil.⁴⁷⁹ Em casos de países com baixos índices de desenvolvimento

Uncertainty, v. 1, p. 7-59, 1988.

⁴⁷⁴NERY, P. F. **Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 15 fev. 2018. p. 26.

⁴⁷⁵NERY, P. F. **Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria...** p. 36.

⁴⁷⁶NERY, P. F. **Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria...** p. 36.

⁴⁷⁷Cf. JONES, G. *Hive Mind: How Your Nation's IQ Matters So Much More Than Your Own*. Bakersville: Stanford University Press, 2019.

⁴⁷⁸JONES, G. *Hive Mind: How Your Nation's IQ Matters So Much More Than Your Own*. Bakersville: Stanford University Press, 2019. p. 66.

⁴⁷⁹A última avaliação do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) - iniciativa de

econômico e social⁴⁸⁰, a regulação paternalista dos comportamentos, bem como sua pacata aceitação por parte da população, leva em conta o pouco apreço às noções clássicas de autonomia das próprias razões e liberdade de escolha individual. Essa característica sociocultural ficou evidenciada por Hanniken *et al*, no artigo denominado “*A deterministic worldview promotes approval of state paternalism*”⁴⁸¹.

Os pesquisadores submeteram um grupo de estudantes de graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro a um questionário on-line que ilustrava três políticas públicas hipotéticas, com diferentes graus de intervenção, classificadas como forte, fraca e libertária. A conclusão dos estudos demonstrou que os estudantes que apresentavam uma concepção determinista do mundo, aquela que, resumidamente, atribui a fatores externos a variação das condicionantes de bem-estar, eram mais aderentes às propostas políticas de natureza paternalista.⁴⁸² Em um ambiente de sensível demanda social como o brasileiro, tais questões suscitam debates profundos acerca da noção de liberdade de escolha individual e o papel do direito como mecanismo central de proteção do indivíduo.⁴⁸³

No cenário dos países desenvolvidos, a controvérsia sobre aplicação estatal de incentivos comportamentais tem outra perspectiva analítica. Loewenstein e Ubel⁴⁸⁴ mencionam o aumento significativo de soluções governamentais baseadas em mecanismos de incentivos, sobretudo após a crise econômica provocada pelo entusiasmo irracional com o mercado de ativos imobiliários. Para os autores, “a economia comportamental está sendo usada como um expediente político, permitindo que os formuladores de políticas evitem soluções dolorosas, mas mais eficazes,

avaliação comparada dos países membros da OCDE - aplicada de forma amostral a estudantes matriculados a partir do 7º ano do ensino fundamental na faixa etária dos 15 anos, posicionou o Brasil na penúltima colocação dentre um universo de 40 países.

⁴⁸⁰No último ranking do índice de Desenvolvimento Humano o Brasil ocupa a 79ª posição. *In*: UN - PNUD. **Índices e Indicadores do Desenvolvimento Humano: Atualização Estatística de 2018**. 2018. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em: 10 nov. 2019. Sobre a eficiência da política de incentivos pecuniários (prêmios) para denunciadores de crime de corrupção e o sucesso de tal medida em países com elevado grau de heterogeneidade *Cf.* BUGARIN, M. S.; BUGARIN, T.T. S. Ética & Incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v.13, n. 2, mar./ago 2017. p. 402.

⁴⁸¹HANNIKAINEN, I. *et al*. A deterministic worldview promotes approval of state paternalism. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 70, p. 251-259, maio 2017.

⁴⁸²HANNIKAINEN, I. *et al*. A deterministic worldview promotes approval of state paternalism... p. 257.

⁴⁸³HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 658.

⁴⁸⁴LOEWENSTEIN, G.; UBEL, P. Economics Behaving Badly. **The New York Times**, jul. 2010. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/07/15/opinion/15loewenstein.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

enraizadas na economia tradicional” (tradução nossa).⁴⁸⁵ Loewenstein e Ubel mencionam a pouca eficiência dos programas de rotulagem dos alimentos calóricos para combater o problema da obesidade. Segundo alegam, o problema da obesidade não é uma questão de falta de informação, mas sim de baixo preço dos alimentos supercalóricos que contam com subsídios públicos e estímulos tributários. Para os autores, a falta de vontade política retira o foco do sistema de fomento como causa do problema da obesidade e transfere esse problema para o comportamento do consumidor.⁴⁸⁶ Nesse sentido, os autores sugerem que a Economia Comportamental ocupe um papel orientador no processo de elaboração de políticas públicas e não substitutivo, ao afirmarem que⁴⁸⁷:

[...] a economia comportamental deve complementar, e não substituir, intervenções econômicas mais substanciais. Se a economia tradicional sugere que devemos ter uma diferença de preço maior entre bebidas sem açúcar e bebidas açucaradas, a economia comportamental pode sugerir se os consumidores responderiam melhor a um subsídio para bebidas sem açúcar ou um imposto sobre bebidas açucaradas.

Para Posner⁴⁸⁸, os comportamentalistas confundem o déficit de informação com ausência de racionalidade, o que do seu ponto de vista é um grave erro metodológico. Em tom crítico, o autor afirma que embora possa realmente existir um erro grave no processo de escolha, nem sempre isso significa uma contestação válida da teoria da escolha racional, como por exemplo os problemas da (i) racionalidade limitada, (ii) a força de vontade limitada e (iii) o interesse pessoal limitado, fenômenos já amplamente tratados como um problema de racionalidade. Posner adverte que as teorias comportamentais da Economia sacrificam a previsibilidade dos modelos racionais em benefício de uma descrição fenomenológica pontual de problemas já vaticinados (indissociáveis cognitivas), de modo que o comportamentalismo não seria propriamente uma teoria, mas uma explicação residual de problemas não resolvidos pela teoria da escolha racional e por isso não configuram uma teoria, mas uma classificação empírica de falhas da racionalidade.

Os exemplos acima mencionados são propostas concretas de modificação de

⁴⁸⁵“Indeed, it seems in some cases that behavioral economics is being used as a political expedient, allowing policymakers to avoid painful but more effective solutions rooted in traditional economics.” *In*: LOEWENSTEIN. G.; UBEL, P. *Economics Behaving Badly...* 2010

⁴⁸⁶LOEWENSTEIN. G.; UBEL, P. *Economics Behaving Badly...* 2010.

⁴⁸⁷LOEWENSTEIN. G.; UBEL, P. *Economics Behaving Badly...* 2010.

⁴⁸⁸POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 333/336

uma realidade específica. Sugerem diferentes abordagens críticas sobre a intervenção estatal em face das liberdades de escolha. As observações ali colhidas se direcionam aos aspectos materiais das intervenções comportamentais. Há, todavia, críticas mais estruturais, cuja raiz contesta o próprio *status* científico da chamada neurociência e suas abordagens científicas.

Para Sousa⁴⁸⁹ o suporte neurocientífico que fundamenta o conjunto das críticas sobre a racionalidade individual tem um aspecto reducionista, pois visa a “explicar o comportamento consciente racional nos termos da doutrina neuronal, isto é, a tese de que o neurônio – uma célula altamente especializada – é a unidade básica da cognição”. Essa abordagem reducionista implica tomar a Neurociência como um método, que por sua vez reduz igualmente a Economia Comportamental a uma forma sistemática de abordagem da racionalidade, não um conjunto válido de verificações gerais e princípios lógicos sistemáticos. A Economia Comportamental acaba também por se tornar um método de um método.

Assim como não se credita à Neurociência uma categoria científica própria, a Economia Comportamental não tem condições epistemológicas que possam sustentar seus enunciados sem o acompanhamento de qualquer outro ramo científico que lhe empreste utilidade. Ao reconhecer a ausência de independência científica de ambas teorias – Neurociência e Economia Comportamental –, a adoção dos elementos formadores de um novo paradigma metodológico sobre a racionalidade ou irracionalidade tem também limitações internas.

As proposições comportamentalistas acabam por falhar em alguns aspectos fundamentais. Ao considerar a irracionalidade como pressuposto, o método de correção de internalidades acaba por generalizar um problema cognitivo que afeta diferentes pessoas, com diferentes níveis de incidência. É “uma explicação que *prima facie* ignora a intenção do agente”, afirma Souza.⁴⁹⁰ Pode-se afirmar que as descobertas neurocientíficas desconsideram as instâncias de arrependimento, aprendizagem ou ponderação racional. Em certa medida, por exemplo, os processos característicos da construção cultural, que formam aspectos importantes da personalidade, passam despercebidos pelos incentivos comportamentais

⁴⁸⁹SOUSA. Carlos E. B. Neurociência da Racionalidade versus Racionalidade da Neurociência: uma Análise Crítica a partir da Filosofia das Neurociências. **Ciências & Cognição**, v. 19, n. 3, p. 393-415, 2014. p. 394.

⁴⁹⁰SOUSA. Carlos E. B. Neurociência da Racionalidade versus Racionalidade da Neurociência: uma Análise Crítica a partir da Filosofia das Neurociências... p. 395.

generalizantes.

O exemplo do enquadramento noticioso para estimular a política de doação de órgãos é sintomático nesse contexto. Ao suscitar a alteração legislativa para promover um estímulo generalizante, com todos os atributos característicos da norma geral, a Economia Comportamental ignora por completo estágios socioculturais que condenam doações de qualquer tecido ou órgão humano.

No caso, o método comportamental aplicado à norma suscita um conflito normativo que poderia, ao menos na hipótese, violar o princípio de consciência e de crença, garantidos também pelo artigo 5º, VI, da Constituição Federal. Para Sousa, ao tomar o paradigma da irracionalidade como regra geral pressupõe-se que “não há um agente consciente no comando, pois o cérebro executa as tarefas em nível inconsciente; a consequência do raciocínio diz que ação consciente é uma ilusão engendrada pelo cérebro”.⁴⁹¹ A par dessa forma de elaboração e concretização de políticas públicas, cumpre informar o alcance das propostas comportamentalistas e seus efeitos sobre o conjunto de direitos individuais.

Portanto, a hipótese de uma restrição à aplicação de políticas públicas comportamentais passa pela necessária demonstração das razões pelas quais o próprio administrador central deve impor essa limitação aos seus próprios atos. Da mesma forma, a imposição de parâmetros deve esclarecer o momento da imposição dos limites sugeridos. Assim sendo, é necessário estabelecer claramente os motivos da imposição de tais limites e o momento em que tais limites devem ser aplicados.

⁴⁹¹SOUSA. Carlos E. B. Neurociência da Racionalidade versus Racionalidade da Neurociência: uma Análise Crítica a partir da Filosofia das Neurociências... p. 395.

5 OS LIMITES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO ÂMBITO DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O primeiro obstáculo para analisar o conjunto de proposições do Paternalismo Libertário, segundo Horta⁴⁹², diz respeito à tentativa de avaliar seus preceitos por meio da utilização de categorias jurídicas tradicionais. Para dar conta dessa dificuldade, o método comparativo das ciências correlatas (Economia, Psicologia, Ciência Política e Administração Pública), aliado aos fundamentos complexos de uma teoria jurídica de políticas públicas, identificou singularidades durante a construção dos arranjos institucionais que formam o conjunto de proposições da Economia Comportamental das soluções sugeridas no processo de elaboração de políticas públicas.

Tal conjunto restringe-se a adoção de incentivos (*nudging, framings, default options* etc.) aplicados pelo planejador central sob variadas estruturas normativas de comando, com o objetivo único de influenciar comportamentos individuais por meio da manipulação de incentivos cognitivos. A meta final é o aumento das condições de bem-estar.

Prioritariamente, a definição de um parâmetro de atuação do Estado por meio dos incentivos busca evitar que se exclua o papel central das normas jurídicas como instrumentos.⁴⁹³ Como tais proposições tem impacto direto em questões eminentemente jurídicas – proibição, obrigação e permissão –, “a discussão sobre liberdade geralmente estabelece a pergunta a respeito da intervenção do Estado em termos da limitação de escolhas”.⁴⁹⁴ Nesse mesmo linha, Daura⁴⁹⁵ menciona o sentido das construções teóricas mais relevantes acerca do Direito e Economia Comportamental:

De acordo com Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler, a incorporação da Economia Comportamental tem o mérito de revigorar o Direito, respeitando as funções positiva, prescritiva e normativa que se espera de qualquer abordagem jurídica. Em relação ao aspecto positivo, visará à Análise Econômico-Comportamental de o Direito explicar os efeitos e o

⁴⁹²HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 661.

⁴⁹³CASTRO, M. T. B.; MELLO, M. T. L.. Uma Abordagem Jurídica de Análise de Políticas Públicas, **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 4, n. 2, p. 9-22, jun 2017.

⁴⁹⁴HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário... p. 661.

⁴⁹⁵DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017. p. 573.

conteúdo das normas, perquirindo, dentre outras questões, o modo como elas podem afetar as escolhas dos indivíduos, a fim de se construir um entendimento mais completo e preciso sobre o comportamento humano. Quanto à análise prescritiva, trata-se de observar como as normas jurídicas e as políticas públicas podem ser utilizadas para que determinados objetivos sejam alcançados. Com a abordagem normativa, que ganha uma nova roupagem com os saberes da Behavioral Economics, visa-se obter uma visão mais satisfatória e ampla dos propósitos almejados pelo próprio sistema jurídico.

Em paralelo à missão constitucional concretizada pelo aumento das condições materiais de vida e desenvolvimento socioeconômico, existe elevado risco de que o processo de construção de alternativas aos problemas sociais se desenvolva num ambiente de risco à integridade do sistema jurídico mais amplo. Arranjos institucionais podem ser construídos com finalidades desalinhadas de um plano jurídico mais amplo.

Trata-se de preservar a estrita coerência institucional, ou seja, conformar as proposições em políticas aos limites permitidos pelo próprio sistema. Com esse propósito específico, a hipótese de propor limites claros às atividades estatais sugeridas na formulação do problema inicial acaba por ser tornar uma exigência sistêmica concreta.

Todas as aplicações da Economia Comportamental adaptadas às políticas públicas têm efeito direto sobre o exercício das liberdades, dentro as quais a liberdade de adquirir, transacionar e trocar voluntariamente. A amplitude das intervenções comportamentais tem impacto direto sobre o plano da liberdade de ação, em especial a liberdade econômica, que por sua vez está inserida dentro do contexto das trocas voluntárias em ambientes de livre mercado, espalhando-se, também, por áreas que não estão submetidas à lógica dos mercados.

A livre iniciativa é um pilar estruturante da ordem econômica. É um princípio que se manifesta na liberdade plena do exercício das faculdades individuais nos limites da lei, incluindo todas as formas de produção e comércio. O fundamento da filosofia política liberal do século XVIII assenta na ideia predominante de que os indivíduos tomam melhores decisões se deixados agir pelo próprio arbítrio, sem a mão coercitiva do governo a conduzir suas escolhas.

Do ponto de vista liberal clássico, essa é a filosofia política que sustenta a base teórica das economias que interagem por meio de trocas voluntárias, baluarte

das sociedades livres e democráticas.⁴⁹⁶ Para Merquior⁴⁹⁷, a sociedade comercial que inaugurou o período da modernidade trouxe consigo o aumento significativo da independência individual e o gradativo abandono da dependência característica da sociedade agrária que lhe precedia.

As recentes descobertas da Economia Comportamental ganharam um vasto campo de aplicação nesse contexto, sobrepondo-se ao campo da fruição das liberdades individuais clássicas. Das proposições que tinham impacto somente no ambiente econômico das preferências relativas ao consumo de bens e serviços, as conjecturas comportamentalistas avançaram sobre questões como a doação de órgãos, reprodução sexual e tratamentos médicos de alto impacto etc.⁴⁹⁸ O indivíduo, que ocupava a posição central nos sistemas jurídicos liberais, dá espaço à coletividade, cujos reflexos são sentidos pela eliminação parcial de direitos ligados ao exercício das liberdades em benefício de um projeto coletivo de bem-estar.

Como a contestação da Teoria da Escolha Racional foi recebida com entusiasmo pelos burocratas estatais, as propostas da escola comportamentalista para aperfeiçoar critérios ao bem-estar geral pela regulação do comportamento individual se multiplicaram sem a devida ponderação de critérios norteadores.

Ao incorporar tais instrumentos no processo de formulação de políticas públicas, a concepção sobre as preferências individuais em ambientes de trocas voluntárias foi também alterada.

Esse processo de mudança da ação estatal estampou novos mecanismos de regulação, que diferem em forma e métodos mecanismos tradicionais que proporcionaram significativo aumento do bem-estar no século passado, como Aduz Horta⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶Dois documentos fundamentais para solidificar o pensamento da época foram publicados em 1776, o livro “Uma investigação sobre a Natureza e a Causa da Riqueza das Nações”, de Adam Smith, e a Carta da Independência dos Estados Unidos da América.

⁴⁹⁷MERQUIOR, J. G. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2011. p. 85.

⁴⁹⁸Veja-se por exemplo a discussão sobre a relação entre o nudging, a prática da eutanásia e o consentimento informado, onde insere-se a análise do conflito entre a beneficência paternalista e respeito à autonomia. Cfr. COHEN, S. Nudging and Informed Consent. **The American Journal of Bioethics**, v. 13, n. 6, p. 3-11, 2013. No Brasil, a recente reformulação do Código de Ética Médico reiterou a vedação médica sobre a abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal, ressalvadas as hipóteses de doença incurável e terminal, bem como a aplicação de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (Resolução 2.217/2018, do Conselho Federal de Medicina).

⁴⁹⁹HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017.

Aliás, é importante lembrar que boa parte dessa discussão do “paternalismo libertário” está situada num contexto norte-americano bastante específico (ALEMANNO; SIBONY, 2015, p. 335-337) – em que, por oito anos, a administração Obama sofreu rotineiros ataques por parte da direita conservadora e dos Tea Partiers, que encararam qualquer ação governamental como uma potencial ameaça à sua sagrada e inviolável liberdade individual. Por sua vez, numa cultura jurídica como a brasileira, em que a compatibilização de direitos de liberdade e igualdade se observa constantemente em construções como a “função social da propriedade”; em que as origens europeias do Direito Administrativo fazem com que a ação coercitiva estatal em prol de ideais coletivos seja vista com grande naturalidade; em que a judicialização de temas na área da saúde tem como baliza em primeiro lugar o direito fundamental individual, e não a autonomia contratual das seguradoras privadas de saúde; e em que a liberdade negocial em contratos trabalhistas não pode ser exercida sem intensa regulação da Justiça trabalhista, a questão da liberdade individual acaba por se colocar de outra forma. Pode ser que, na tradição jurídica brasileira, tamanha ênfase na liberdade contra o Estado soe ligeiramente fora de lugar. Não é surpreendente, nesse sentido, que estudos recentes que buscaram medir atitudes das populações de diversos países em relação a intervenções governamentais baseadas em insights comportamentais tenham encontrado um nível elevado de apoio (HAGMAN et al., 2015; SUNSTEIN et al., 2017).

Ao contrário das políticas sociais do welfarismo tradicional, cuja característica principal é a generalidade e o alto custo de implementação, a política comportamentalista contemporânea tem seu foco voltado para o indivíduo, com métodos que apresentam baixos custos de implementação. Em ambientes de racionalidade limitada, as políticas públicas comportamentalistas buscam eliminar os vieses de escolhas dos agentes individuais muito mais do que a regulação coletiva dos comportamentos. Esse processo ficou conhecido na literatura americana como *debiasing through law*.⁵⁰⁰

O sistema normativo que disciplina a política pública serve então para orientar as pessoas no sentido de tomar decisões menos prejudiciais. O arranjo institucional de controle, atenuado pela adoção da retórica paternalista em seu viés libertário, enfatiza a eliminação dos efeitos adversos da racionalidade limitada pelo bloqueio de alternativas e preferências que não se coadunam com a meta de bem-estar traçada pelo planejador central.

O resultado almejado é evitar abordagens regulatórias ineficientes, fundadas em premissas de racionalidade forte, incluindo a análise de todos os aspectos atinentes à ideia de eficiência.⁵⁰¹ Em tal contexto, opera-se também uma modificação

⁵⁰⁰Cf. JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. Debiasing through Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 199-242, jan. 2006.

⁵⁰¹JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. Debiasing through Law... 2006.

funcionalizante da autonomia individual. O livre arbítrio deixa de ser o exercício singular e subjetivo dos indivíduos em face das escolhas socioeconômicas. Ele passa a ser objeto de intervenção pública, sob a justificativa de que as pessoas não sabem o que querem.

Todavia, a ausência de parâmetros para a restrição de tais aplicações no âmbito das políticas públicas é uma questão que ainda não foi devidamente abordada. Para Codagnone *et al*⁵⁰², “não existe um critério mínimo que restrinja o *nudging* como um método de intervenção válido aplicável a todas as questões normativas e éticas”. Veja-se a complementação de Codagnone *et al*⁵⁰³:

Supondo que a ordenação das preferências é exógena, a teoria racional postula que uma transação voluntária executada por um agente é uma expressão de sua livre vontade e pode ser “objetivamente” considerada uma melhora. Isso se torna um critério normativo intelectualmente atraente, pois se a ordenação de preferências é exógena, podemos fazer as seguintes perguntas para avaliar duas alocações, A e B: os agentes, postos em dada condição, fariam as transações necessárias para passar de A para B ou vice-versa? Uma vez que essa transação é voluntária, ela só será feita se alguém se beneficiar e o outro, no mínimo, não sair prejudicado. Esse é o critério de Pareto. No entanto, a análise teórica e empírica dos economistas e psicólogos comportamentais derruba o edifício normativo com a implicação de que “não podemos evitar fazer juízos de valor” (Lichtenberg, 2013, p. 497). Como a escolha é dependente do contexto (Pesendorfer, 2006), no sentido de que o conjunto das opções influencia as preferências, não se pode supor que essas preferências sejam exógenas. Diferentes alocações implicam diferentes preferências e, portanto, ausência de invariância do critério usado para avaliar as alternativas. Outro exemplo: um comportamento dinamicamente inconsistente (por exemplo, o vício) é um problema do self dual que se alterna entre as preferências da manhã, quando o indivíduo planeja parar de fumar, e as da noite, quando ele compra cigarros. Que sistema de preferência deve ser privilegiado?

O fenômeno descrito como *overshooting* é justamente a reação desproporcional dos agentes econômicos dada uma realidade inesperada de flutuação, especialmente quando a tensão emocional dos indivíduos é estimulada por incentivos governamentais. Os resultados práticos de uma intervenção comportamental podem ser colocados em dúvida pelo próprio vies de seleção dos agentes burocráticos formuladores de políticas públicas. Por exemplo, o vies de seleção por parte do planejador central ocorre quando o grupo objeto de estudos não

⁵⁰²CODAGNONE, C. *et al.* Nudging no mundo da formulação de políticas internacionais. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 331.

⁵⁰³CODAGNONE, C. *et al.* Nudging no mundo da formulação de políticas internacionais...p. 331.

foi escolhido de forma aleatória, vindo a gerar graves problemas de método.⁵⁰⁴

Ao predefinir um quadro de opções já articuladas, o planejador central detém a tecnologia necessária para induzir os comportamentos de forma não consentida, uma vez que prescinde da autonomia da vontade individual e da manifestação inequívoca de intenções.⁵⁰⁵ Para Schnellenbach⁵⁰⁶, o problema das políticas paternalistas suaves são as intervenções não transparentes. Segundo o autor, elas confrontam a ideia do consenso democrático constitucional, uma vez que violam severamente os pressupostos do exercício da soberania.

Schnellenbach⁵⁰⁷ defende que o conjunto de políticas paternalistas aceitável no nível constitucional se restringe a instrumentos não manipuladores e sua aplicação como políticas governamentais deve ser limitada a casos homogêneos de preferências compartilhadas. Uma vez que as novas formas de controle partem de iniciativas políticas – antes mesmo de se tomarem as formas jurídicas – o consenso político acerca das limitações de um Estado interventor reflete a ideia de uma economia constitucional.

Em suma, a perspectiva de uma economia constitucional consiste na busca pelo consenso acerca dos limites concedidos aos representantes políticos para aplicar o Paternalismo Libertário. Schnellenbach⁵⁰⁸ busca identificar os critérios do planejador central ao utilizar determinados mecanismos comportamentais em prejuízo de outros, sobretudo quando tais mecanismos sugerem uma intervenção pública em substituição dos mecanismos de autocontrole tomados em âmbito privado.

A abordagem institucional sobre consenso e soberania constitucional tem precedentes no individualismo normativo de James Buchanan.⁵⁰⁹ A base de uma perspectiva constitucional é o individualismo normativo, ou seja, a alegação de que a legitimidade das ordens sociais deve encontrar acolhimento no consentimento popular expresso nas normas constitucionais. Similar reflexão é apresentada por Elster⁵¹⁰:

⁵⁰⁴CLEAVE, B. L.; NIKIFORAKIS, N.; SLONIM, R. Is there selection bias in laboratory experiments? **Dept. Economics**, University of Melbourne, Research Paper n. 1106, 2010.

⁵⁰⁵JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. Debiasing through Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 199-242, jan. 2006. p. 231.

⁵⁰⁶Cf. SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. **Kyklos**, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019.

⁵⁰⁷SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism... p. 2

⁵⁰⁸SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism... p. 2

⁵⁰⁹Cf. BUCHANAN, J. M. **The Economics and Ethics of Constitutional Order**. [s.l.] University of Michigan Press, 1991. p 221-234.

⁵¹⁰ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo:

O pré- compromisso constitucional opera, portanto, em dois níveis. Em um primeiro nível, a Constituição pode projetar a máquina do governo de ordinária de forma a contrabalançar a paixão, superar a inconsistência temporal e promover a eficiência. Em um nível mais elevado, a máquina de emendas da própria Constituição pode ser projetada para ser lenta e complicada. Essas restrições de alto nível têm dois efeitos. Por um lado, agem diretamente sobre os problemas da paixão, da inconsistência temporal e da eficiência. Por outro, garantem a estabilizam os mecanismos de primeiro nível que, por sua vez, agem sobre os mesmo problemas.

Neste específico ponto o novo institucionalismo dialoga com o normativismo institucional de Buchanam mais que as outras teorias institucionais do campo econômico. Para Angeli⁵¹¹:

James Buchanan, em artigo publicado em 1964, perguntou-se o que os economistas deveriam fazer, qual seu papel distintivo dentre tantos diversos campos do saber. Para responder a este questionamento, retornou a Adam Smith e sua ideia de uma propensão natural à troca existente nos homens, para argumentar que o trabalho do economista deveria ser uma reflexão sobre os processos de troca como meios de relacionamento entre os indivíduos, o comportamento nestas relações e as instituições e estruturas que emergem a partir desta propensão. Ou seja, na perspectiva de Buchanan, a partir de sua leitura de Smith, a economia é a teoria dos mercados, ciência das trocas e da emergência dos ambientes e instituições que surgem delas.

A economia constitucional, portanto, busca responder sobre a aderência do Paternalismo Libertário à soberania constitucional, ou seja, a ideia de que o Estado deve ser limitado pela deliberação popular acerca de seus limites e intenções. Eventual violação do consentimento coletivo sobre o exercício pleno das liberdades não é atributo exclusivo do Paternalismo Libertário e suas propostas de regulamentação dos comportamentos individuais. As liberdades são também restringidas frontalmente nas intervenções coercitivas do paternalismo em sua modalidade forte.

Todavia, em certos aspectos, a intervenção do paternalismo forte atende em maior grau as exigências de um processo democrático deliberativo, *locus* por excelência da consagração da ideia moderna de soberania cidadã, participativa e democrática.

Unesp, 2000. p. 154.

⁵¹¹ANGELI, E. Os usos do individualismo por James Buchanan. **Econ. soc.** [online], v.28, n.1 p.53-70, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182019000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 nov. 2019.

No caso do paternalismo coercitivo, o consentimento livre e a autonomia da vontade também são suprimidas. Entretanto, em regimes democráticos estáveis, a discussão sobre a proibição, obrigação e permissão – cujo impacto se espalha sobre arbítrio das opções individuais – tem ampla participação deliberativa parlamentar.

De forma geral, os comandos proibitivos que impactam as decisões individuais de usar, gozar, usufruir, ceder etc. são precedidas do embate livre das posições contrárias dentro do cenário próprio de deliberação representativa. Essa é uma diferença fundamental no processo de construção de políticas públicas no paternalismo coercitivo (*hard*) em face das proposições comportamentais do Paternalismo Libertário (*soft*), consistentes em sua maioria por ajustes meramente administrativos dos instrumentos que a compõe.

Ao contrário de um processo legislativo tradicional, as técnicas encontradas pela Economia Comportamental impulsionaram a proliferação de corpos técnicos burocráticos responsáveis por sugerir uma agenda de regulação de comportamentos. Não raras vezes, além de afastar a construção deliberativa da legislação em sua forma tradicional, suprimem o consenso justamente daqueles impactados pela ação estatal.⁵¹²

Há, portanto, uma transferência da atividade de deliberação democrática dos parlamentos para os órgãos burocráticos de controle. No entendimento de Posner⁵¹³, a modificação do *locus* de deliberação pública contribuiu para criação de um vácuo de representação democrática.

O déficit de cognição dos indivíduos – premissa fundamental da Economia Comportamental – motivou a base argumentativa para defender a transferência da autoridade regulatória legislativa para técnicos governamentais, a fim de diluir o problema da irracionalidade.⁵¹⁴ Esse método de solução de problemas ganhou força durante a implementação das políticas públicas comportamentais em diversas economias liberais. Segundo Posner⁵¹⁵, a criação de tais foros de formulação e

⁵¹²David Halpern analisa três principais fatores principais sugeridos pelos críticos da economia comportamental aplicada em políticas públicas: (i) ausência de transparência, (ii) ausência de eficácia, (iii) ausência de prestação de contas. HALPERN, D. **Inside the Nudge Unit**. London: Ebury Publishing, 2019. p. 304,

⁵¹³POSNER, R. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 159.

⁵¹⁴POSNER, R. **Direito, Pragmatismo e Democracia**... p. 158.

⁵¹⁵Note-se para o risco de políticas públicas serem instituídas mediante atos administrativos ou combinação deles organizados em um programa único. BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 21.

aplicação de propostas comportamentais retira parcela de deliberação democrática sobre mecanismos que compõem os programas de regulação comportamental.

Questões sensíveis⁵¹⁶ – como por exemplo o autogoverno sobre o próprio corpo – são capturadas por processos cuja deliberação democrática foi completamente asfixiada pelo aparato burocrático⁵¹⁷, reduzindo a própria representação dos interesses privados em resoluções de interesses também privados.⁵¹⁸

As novas tecnologias de influência comportamental podem subtrair do debate público a principal questão acerca dos limites da interferência governamental no ambiente privado, que são justamente os parâmetros institucionais de sua atuação. No caso, o risco inerente a subversão do processo de deliberação democrática é a recepção silenciosa dos comandos administrativos pelos administrados, sem a devida informação sobre os motivos determinantes da ação estatal.

Como não há ampla discussão sobre o alcance dos incentivos propostos pelo planejador central, as modificações comportamentais são recebidas pouco a pouco, sem grandes impactos sobre a esfera dos direitos, uma vez que não existe um recorte profundo sobre o campo das escolhas pessoais.

Posto que as tecnologias comportamentais se mantêm ocultas, ou seja, o planejador central se aproveita das falhas mentais para induzir os comportamentos individuais de forma tácita, revela-se necessário trazer ao debate qual o conjunto de direitos que necessita de especial proteção contra investidas estatais, sob pena da possibilidade efetiva de perdas efetivas das garantias inerentes ao exercício das liberdades individuais.

5.1 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS À APLICAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.

O problema da interferência governamental na esfera privada não é novo. A

⁵¹⁶Toda e qualquer referência a questões sensíveis são tomadas pela interpretação dos princípios e valores constitucionais que justificam a proteção das garantias fundamentais da liberdade da pessoa humana e suas expressões correlatas, como a (i) autonomia da vontade, o (ii) autogoverno as próprias razões e (iii) a liberdade de escolher dentro dos limites legais.

⁵¹⁷Dois obras relatam com detalhe o processo de encorajamento político da criação de foros específicos de políticas públicas comportamentais, tanto no cenário britânico, *cf.* HALPERN, D.E **Inside the Nudge Unit**. London: Ebury Publishing, 2019, como no cenário norte-americano, *cf.* SUNSTEIN, C. R. **Simpler: The Future of Government**. Nova York: Simon & Schuster, 2013.

⁵¹⁸POSNER, R. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 159.

ingerência governamental sobre a esfera das liberdades individuais pautou o debate sobre o tamanho do Estado e sua capacidade de corrigir as falhas de mercado em substituição das resoluções eminentemente privadas. Tal discussão é inerente às proposições que se alternam entre a adoção do paternalismo mais incisivo (*hard*) ou suave (*soft* ou libertário).

Ao colocar tais posições em plano analítico, Kanayama⁵¹⁹ trouxe a discussão sobre a capacidade de o planejador central modificar – sob a justificativa do Paternalismo Libertário – as próprias condições da liberdade de escolha. Com fundamento nas objeções à interferência governamental levantadas por John Stuart Mill, Kanayama⁵²⁰ menciona três hipóteses em que a substituição do arbítrio privada pela ação estatal não é desejada: (i) situações em que as coisas podem ser melhor realizadas pelos indivíduos que pelo governo; (ii) pela possibilidade de fortalecimento pedagógico com objetivo de fortalecer a “educação mental”; e (iii) pelo risco de aumento do poder governamental.

Ao analisar o método de aproximação heurística e a produção legislativa, Korobkin⁵²¹ afirma que os incentivos criados pelo mercado têm um papel preponderante sobre as capacidades, limitações e direcionamentos de comportamentos privados. Em comparação às proposições de qualquer filosofia comportamental baseada na Teoria da Escolha Racional, Korobkin⁵²² afirma que o método heurístico de resolução de problemas deve ser analisado com cautela. Isso porque os indivíduos apresentam preferências heterogêneas, de modo que uma regulação paternalista pode frustrar a possibilidade de certos grupos maximizarem suas preferências em benefício de um grupo de pessoas em posição menos privilegiada, cuja indução do comportamento pelos mecanismos comportamentais se faz necessária pela regulação central.

Cumprido, conseqüentemente, dizer quais matérias podem ser submetidas à rígida deliberação democrática (parlamento) e quais matérias podem ser tratadas mediante um arranjo legal menos exigente, inerente à formação da vontade do

⁵¹⁹KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013.

⁵²⁰KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo... 2013.

⁵²¹KOROBKIN, R. B. The Problems with Heuristics for Law. **UCLA School of Law, Law & Econ Research Paper** n. 4-1, fev. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.496462>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=496462>.

⁵²²KOROBKIN, R. B. The Problems with Heuristics for Law... 2004.

administrador⁵²³ e do conjunto de atos que compõe o processo administrativo de formulação de políticas públicas.⁵²⁴ Trata-se de traçar um quadro geral de matérias cuja a manipulação via políticas pública acaba por não se alinhar ao quadro normativo atinente ao exercício das liberdades de deliberação subjetiva (*inner freedom*). Esse quadro geral tem o objetivo de institucionalizar os parâmetros de atuação do poder central.

Por fim, surge a exigência de delimitar as fronteiras de aplicação das proposições governamentais com base em incentivos psicológicos no âmbito daquilo que somente interessa ao plano das preferências individuais, que não tem relação com terceiros, tampouco sofre pressão diante de qualquer instituição ou pessoa externa (*outter freedom*).

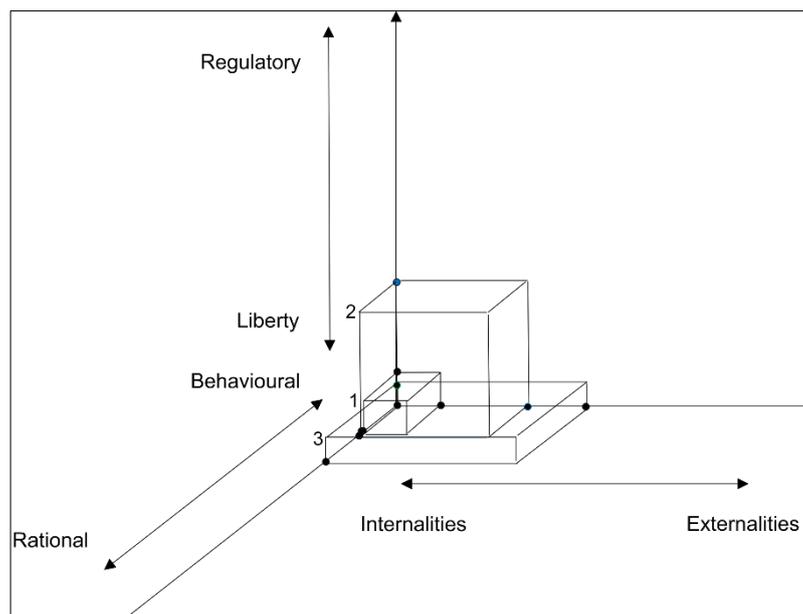
O exercício das liberdades individuais, especificamente a liberdade de escolher não ofensiva – ausência de violação ao patrimônio físico e material de terceiros –, apresenta um componente interno de deliberação, que é característica principal dos processos subjetivos de formação das preferências individuais. A liberdade interna de construção de preferências é o núcleo mais íntimo das garantias liberais de defesa contra a intervenção público. A intervenção pública para dentro desse círculo interno de julgamento pessoal deve obedecer a critérios rígidos de razoabilidade.

Para Oliver, o gráfico abaixo representa o espaço de inserção da regulação estatal em função de três campos de incidência conflitante do Paternalismo Libertário: (i) liberdade vs. regulação, (ii) comportamentalismo vs. racionalismo e (iii) internalidades vs. externalidades:

Figura 1 – O espaço do Paternalismo Libertário

⁵²³A ideia de vontade do administrador é equiparada a ideia de *choice architecture*, comumente utilizado pelos *designers* de políticas públicas. Em linguagem metafórica, a arquitetura das escolhas é referenciada como o processo de ordenar as preferências no balcão da lanchonete, de forma a privilegiar determinados produtos ao campo de visão em prejuízo de outros, conforme a vontade do gerente. Não há, portanto, escolha neutra. HALPERN, D. **Inside the Nudge Unit**. London: Ebury Publishing, 2019. p. 305.

⁵²⁴BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267.



Fonte: OLIVER, 2018. p. 44.

A forma número 1 da figura 1 acima, representada pela menor área retangular (contida entre as duas outras formas n. 2 e n. 3), demonstra como a política regulatória comportamental está mais direcionada para a correção de internalidades negativas do que externalidades, o que é representado pelo eixo horizontal.

Para a aplicação da Economia Comportamental em Políticas Públicas é preciso ter em consideração o conceito de internalidades como uma versão adaptada das externalidades no sentido pigouviano, cuja internalização dos custos sociais é realizada mediante a imposição de ônus ao agente privado para correção das externalidades. As propostas de correção de desvios comportamentais mediante aplicação de políticas comportamentalistas nada mais são senão a correção de internalidades mediante imposição de custos psicológicos ao indivíduo. No entanto, é importante estabelecer um contraponto ao conceito pigouviano de externalidades, para que se possa também estabelecer uma crítica análoga no que toca a correção das internalidades por influência estatal.

Para Coase, as externalidades nem sempre produzem resultados ineficientes, dado que as possíveis correções destas externalidades poderiam ser resolvidas mediante a atribuição dos direitos de propriedade, conforme diz o primeiro teorema atribuído à Coase: quando os direitos de propriedade estão bem definidos, os custos de transação tendem a zero.⁵²⁵

⁵²⁵COASE, R. The problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

De forma análoga Withman⁵²⁶ faz idêntica objeção sobre a correção das internalidades por mecanismos estatais, a correção de internalidades podem ser melhor corrigidas por mecanismos privados de autocontrole, sem a intervenção estatal reguladora. Na mesma linha, Horta⁵²⁷ sugere alguns exemplos em que a correção de internalidades pode ser feita mediante a imposição de taxas psicológicas:

[...] uma interessante aplicação disso é que, tal como economistas governamentais trabalham com taxas e subsídios monetários para corrigir falhas de mercado, é possível se pensar em “taxas e subsídios psicológicos”. “Taxas psicológicas” seriam aquelas que ameaçam com perda de respeito dos pares ou que arranhariam a reputação; “subsídios psicológicos” seriam aqueles que ampliariam esses valores. Nos Estados Unidos, a campanha mais eficiente para redução de casos de alcoolismo e direção trabalhava não a conscientização do risco de acidentes, mas os laços sociais – “Amigos de verdade não deixam seus amigos dirigirem bêbados”. Esse enfoque pode ser visto como um “subsídio psicológico”, na medida em que a autoimagem de um bom amigo fica associada à possibilidade de dizer “não” ao companheiro que quer dirigir embriagado. Num outro exemplo prosaico, mas muito revelador, dez creches em Israel instituíram taxas monetárias para pais que buscavam os filhos muito tarde, tentando, com a lógica econômica, reduzir esse comportamento. O resultado foi exatamente o oposto – os pais começaram a chegar ainda mais tarde, pois a “taxa econômica” acabou servindo de “subsídio psicológico”, uma vez que o elemento social que inibia os pais atrasados deixou de existir precisamente no momento em que eles passaram a ver no pagamento em dinheiro uma justificativa que os excusava da vergonha do próprio comportamento, que antes funcionava como “taxa psicológica”.

Tradicionalmente, as políticas regulatórias intervencionistas são voltadas para corrigir externalidades ou falhas de mercado. O mesmo não ocorre com as intervenções públicas baseadas no comportamentalismo que buscam corrigir falhas individuais precebidas durante a realização de escolhas no ambiente social.⁵²⁸

Para Whitman⁵²⁹, quando os indivíduos suportam todos os custos de suas próprias ações, a justificativa para o envolvimento do planejador central tende a ser menos desejada, uma vez que eventuais prejuízos advindos de escolhas malfeitas

⁵²⁶WHITMAN, G. Against the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control. **Policy Analysis**, n. 563, fev. 2006.

⁵²⁷HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017.

⁵²⁸“As externalidades correspondem, pois, a custos a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompesados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externo ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas”. *In*: NUSDEO, F. **Curso de Economia introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2015. p. 411.

⁵²⁹WITHMAN, G. Against the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control. **Policy Analysis**, n. 563, fev. 2006.

não são compartilhados com terceiros. Pouco ou nenhum custo é imposto às pessoas que não tem qualquer relação com a preferência individual levada à efeito.⁵³⁰ Significa dizer que eventual dano daí decorrente é absorvido tão somente pelo próprio indivíduo, autor da escolha e destinatário principal de possíveis prejuízos daí decorrentes.

Para o Paternalismo Libertário as pessoas não ponderam (internalizam) corretamente os danos ulteriores de escolha malsucedidas realizadas no tempo presente. Portanto, a política pública comportamental deve corrigir essa internalidade de modo a reduzir, ou eliminar completamente o viés do desconto hiperbólico do futuro. A inconsistência temporal e o desconto são problemas diretamente relacionados à Economia Comportamental e impõe consequências imediatas de uma decisão desproporcionalmente mensurada em comparação com as consequências futuras, gerando um problema grave de autocontrole.⁵³¹

Segundo Oliver⁵³², o espaço ocupado pela figura número 1 representa a parcela de liberdade de ação individual, cuja ênfase regulatória tem menor campo de atuação. Essa representação gráfica é indicada pelo eixo vertical. A ocupação espacial do eixo diagonal representa o grau de comprometimento com a Teoria Econômica Comportamentalista em comparação à Teoria da Escolha Racional.

Teoricamente, as proposições do Paternalismo Libertário fazem um contraponto ao Paternalismo tradicional, cujo espaço para o exercício das liberdades de ação individuais tem maior restrição ostensiva. Ao menos em tese, a representação gráfica que coloca em planos contrários as duas formas do exercício do paternalismo (fraco e forte) demonstra como a intervenção governamental comportamentalista deve ser orientada pelo mínimo nível de intervenção. Denota-se que a menor intervenção acaba por se revelar a característica fundamental dos métodos indutivos do Paternalismo Libertário. O contrário disso simula um modelo de intervenção tradicional, sob aparência de uma intervenção suave e libertária.

Uma política pública behaviorista, portanto, deve buscar ampliar o máximo de atuação livre por parte dos indivíduos, razão pela qual a figura número 1 ocupa menor espaço no plano do eixo diagonal. O rol das escolhas franqueadas ao indivíduo objeto

⁵³⁰WITHMAN, G. Against the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control... 2006.

⁵³¹Cf. LAIBSON, D. Golden eggs and hyperbolic discounting. **Quarterly Journal of Economics**, v. 112, n. 2, p. 443-477, 1997.

⁵³²OLIVER, A. Assessing Social Care policy through a behavioral lens. **Mind & Society**, v. 17, p. 39-51, 2018. p. 44.

da intervenção comportamental deve ser ampliado ao máximo, ao passo que os ônus de eventual não adesão aos incentivos propostos devem ser mínimos, preferencialmente inexistentes.

Portanto, a primeira proposta de limitação para a aplicação de mecanismos de economia comportamental tem direta relação com o argumento teleológico do Paternalismo Libertário. Se as preferências individuais estão submetidas a processo de escolhas naturalmente viesadas, as propostas de sua regulamentação devem ser igualmente motivadas pela melhoria direta das condições individuais do bem-estar do indivíduo e, somente de maneira indireta, pelos benefícios agregados à coletividade.

Na ausência de índices ou meios de aferir a vantagem material sobre a esfera das condições individuais, opera-se a inversão funcional da aplicação das políticas públicas comportamentais, o que em alguns casos não é desejável pelo risco de violação das liberdades individuais atinentes ao processo de formação das opções livres.

Nesse sentido, a adequação das políticas comportamentais aos cânones das liberdades constitucionais, bem como a ampliação dos níveis de bem-estar, não ocorre sem conceder a esse mesmo indivíduo o máximo espaço para o exercício de sua liberdade individual autônoma, como pode ser vista na figura número 1.

Ao propor a limitação da atividade estatal quando baseada em aplicações próprias da economia comportamental em políticas públicas, busca-se, prioritariamente, evitar a inversão dos motivos determinantes (*agenda setting*)⁵³³, ou seja, a priorização de melhorias do bem-estar coletivo pela manipulação dos mecanismos individuais de regulação comportamental. Esse risco também foi suscitado por Codagnone *et al*⁵³⁴:

[...] nossa mensagem principal é: não existe solução mágica. Qualquer forma de intervenção por meio de políticas imporá um critério que contraria a vontade de alguém (sempre será assim), e a democracia requer: a) a transparência do sistema político em termos dos valores selecionados na decisão e na formulação da intervenção; b) e no mínimo uma justificativa baseada em evidências para a escolha. A coerção indistigada e declarada por “nudgers” provavelmente é melhor do que a manipulação encoberta pelos

⁵³³A definição da agenda, a formulação de alternativas e a elaboração de um plano estratégico são etapas iniciais do processo de políticas públicas. A escolhas das soluções e dos mecanismos de atuação são tomadas nesse momento do *policy cycle*. Cf. PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160.

⁵³⁴CODAGNONE, C. *et al*. Nudging no mundo da formulação de políticas internacionais. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (org.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 331.

que criam os estímulos ambientais e contextuais. O aspecto principal nem sempre está explícito e claro na mente dos planejadores das políticas que encomendam um estudo comportamental. Nesse aspecto, vemos a importância de combinar uma fase de descoberta e seleção na pesquisa. Isso elevaria a qualidade dos resultados, educaria os clientes das políticas e administraria melhor as expectativas em relação aos estudos comportamentais experimentais e as decisões que se fundamentarem neles.

Quando ocorre a inversão dos motivos determinantes, no caso, priorizar o bem-estar da coletividade em prejuízo do bem-estar individual – o caso da doação de órgãos estimulada pelo enquadramento noticioso, por exemplo – corre-se o risco de violação severa das liberdades individuais. Em tais casos opera-se a transferência dos ônus da coordenação coletiva de competência do planejador central para o indivíduo. Apesar de tênue, a abordagem entre as propostas paternalistas (*hard* ou *soft*) é substancial nesse sentido.⁵³⁵

Se não existe aumento nas condições materiais de bem-estar individual, a política pública comportamentalista acaba por avançar contra o exercício de liberdades autônomas. Por sua vez, se a meta definida pelo planejador central busca modificar um problema de natureza coletiva, não há porque sonegar a submissão do problema aos foros tradicionais de discussão política deliberativa.

Ainda assim, remanescem questionamentos de natureza metodológica sobre a plausibilidade do Estado substituir adequadamente interesses privados que estão sob condição subjetiva de avaliação. Por isso a questão da aplicação dos limites ao poder do Estado exige trazer ao cotejo a noção de autonomia.

Em suma, trata-se da liberdade que as pessoas têm em agir conforme seus próprios interesses – desde que não violem a esfera das liberdades alheias. A ideia de autonomia utilizada até o momento diz respeito à condição que cada indivíduo desfruta de deliberar autonomamente sobre as próprias escolhas, objetivos e interesses sem a interferência do governo, sob o único requisito de não provocar danos a terceiros. É a liberdade interna, subjetiva, consistente no exercício de preferências individuais (*inner freedom*).

Uma vez que a proposição de alternativas para a solução de problemas por

⁵³⁵No mesmo sentido Schnellenbach: “Much of the literature that supports soft paternalism is very valuable, because it points out problems of individual decision-making and sketches possible solutions. However, the suggestions for improving the quality of decision-making should be addressed primarily at the individuals themselves. *In*: SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. **Kyklos**, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019. p. 21.

parte do Estado no âmbito dos comportamentos privados tem graus e formas de incidência diferentes, questões cujas metas são prioritariamente de ordem coletiva não devem se tratadas pelos mecanismos do Paternalismo Libertário. Essa observação tem o objetivo específico de evitar a supressão das liberdades individuais em benefício de uma meta que só poderá ser deliberada pelo consenso ampliado, característico do processo democrático. Para Whitman⁵³⁶, “o antigo paternalismo dizia ‘nós sabemos o que é melhor para você, e nós o faremos fazê-lo.’ O novo paternalismo diz, ‘Você sabe o que é melhor para si, e nós o faremos fazê-lo’”.

A crítica genérica de Dworkin⁵³⁷ sobre a Análise Econômica do Direito como método de realização do bem-estar pode ser também estendida à Economia Comportamental, ao menos sobre a expansão das políticas públicas comportamentais em prejuízo das garantias fundamentais do exercício da liberdade.

Apesar de fornecer o melhor método para mensurar níveis de bem-estar de uma determinada comunidade, questões relativas a legitimidade, justiça, jurisdição e conflitos não podem se limitar à suposição de que as instituições jurídicas são voltadas unicamente para o objetivo de elevar o bem-estar médio geral, sob pena de limitar o âmbito de sua justificação.⁵³⁸

Além do risco de suplementação do processo de deliberação democrática – modificação do *locus* dos debates –, os princípios da publicidade e da transparência também correm risco de violação durante o processo de formulação de mecanismos de manipulação cognitiva baseada em incentivos.

A sutileza das sugestões criadas pelo método dos incentivos cognitivos de regulamentação pode alterar significativamente os resultados da política pública que se deseja implementar, sem qualquer tomada de consciência por parte dos administrados. Eventuais violações do livre direito de escolha não são imediatamente aferíveis quando técnicas de indução comportamental são aplicadas por meio de políticas públicas. Tais observações são pontuadas por Rocha e Calixto⁵³⁹ ao

⁵³⁶Tradução do autor: In short, the old paternalism said, ‘We know what’s best for you, and we’ll make you do it.’ The new paternalism says, “You know what’s best for you, and we’ll make you do it.” In: WHITMAN, G, n. Against the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control. **Policy Analysis**, n. 563, 2006.

⁵³⁷DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XI.

⁵³⁸DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**... p.XI.

⁵³⁹DA ROCHA, C. A. A.; CALIXTO, F. C. Comportamento, escolha e políticas públicas: intersecções entre paternalismo libertário e planejamento cultural. In: ZILIO, D. (org.) **Comportamento em Foco**. São Paulo: Associação Brasileira de Psicologia e Medicina Comportamental – ABPMC, 2018. v. 8, p.96.

afirmarem que:

[...] na ótica de White (2013), isso permitiria qualificar os nudges como práticas coercitivas – com a ressalva de que o uso do qualificativo por esse autor não necessariamente reflete a noção analítico-comportamental de coerção. Ele avalia que os procedimentos em que se baseiam os nudges feririam a autonomia de modo a colocar em risco a própria integridade individual, interferindo em valores pessoais, e, assim, abrindo brechas para práticas nefastas de manipulação. A sutileza da interferência no processo de escolha possivelmente daria ao sujeito controlado menos oportunidade de reação (ou contra-controle, pensando como behavioristas). Em função disso, White (2013) ajuíza que as formas mais convencionais de paternalismo seriam preferíveis: Uma outra maneira de compreender a natureza coercitiva dos nudges é [notar que] eles são desenhados para alterar o comportamento das pessoas de acordo com os interesses de outras pessoas dependendo de anomalias inconscientes na tomada de decisão os objetivos ou fins de um nudge estão frequentemente escondidos, e os vieses cognitivos e heurísticas em que se baseiam raramente são esclarecidos. Se alguém é comprometido com a intervenção paternalista, restam poucas razões para preferir o nudge em relação a métodos mais explícitos de paternalismo, dada a natureza coercitiva de ambos. Se o governo quer desencorajar certo comportamento, tal como alimentação não- -saudável ou poupança insuficiente, ele tem ferramentas de abolição, impostos e subsídios para mudar os incentivos para engajamento. Não são menos paternalistas ou coercitivas, porém tem uma vantagem clara: estão todas elas expostas para todos verem.

Tal problema decorre da impossibilidade de verificação prática da diminuição dos poderes individuais da escolha. Nota-se, por exemplo, que os indivíduos não sentem a violação da amplitude de escolhas quando produtos alimentícios são automaticamente dispostos com a intenção deliberada de alterar preferências. O déficit aplicado ao leque das escolhas não é perceptível quando as pessoas são direcionadas à certos padrões de escolha (*option default*).

Conforme já mencionado na Seção 3, as estruturas normativas que aplicam mecanismos de indução comportamental fazem uso de técnicas não ostensivas de influência. As sugestões ocultas do *nudging* não são propriamente transparentes naquilo que preconiza o princípio da transparência dos atos do poder público.

Para Souza *et al*, “considerando os problemas brasileiros de proteção das liberdades cívicas, a proposta de aplicação da técnica de *nudge* deve, sim, ser analisada com cautela.”⁵⁴⁰ A compatibilidade das técnicas da Economia Comportamental com o Direito exige integral observação do princípio da transparência, com máxima exposição das proposições motivantes e total informação

⁵⁴⁰SOUZA, L. C.; RAMOS, K. T. F.; PERDIGÃO, S. C. R. V. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 236

sobre as metas que se pretende alcançar⁵⁴¹:

[...] faz-se imprescindível que o Princípio da Transparência seja respeitado, as pessoas precisam ter ciência de qual *nudge* será utilizado, onde será aplicado e quais os objetivos que se pretendem, para que dessa forma seja evitado um Estado ditatorial e opressor. Aliado a esse princípio, deve-se somar um debate aberto com a população, para que seja ouvida a opinião dos indivíduos e seja propiciada uma maior transparência do mecanismo.

Ao fazer uso de opções-padrão (*option default*), enquadramento de opções (*framing*) ou mesmo simples incentivos (*nudge*), a construção de qualquer política pública deve ser acompanhada de maciça informação governamental ao público alvo da normatização. Não somente isso. As proposições de regulamentação do comportamento individual devem garantir o maior espaço possível para a deliberação individual consciente.

Portanto, dois requisitos substantivos para a aplicação dos limites à formulação de uma agenda regulatória de controle das preferências individuais devem priorizar: (i) a liberdade de ação e (ii) a máxima transparência. Esse movimento torna público o exercício de arqueologia jurídica dos motivos determinantes da atividade da administração. O desempenho central na formação da vontade da administração deixa de ser o simples exercício preordenado de ações sem relevância, para ocupar um papel central no processo de concepção, como diz Estorninho⁵⁴²:

[...] hoje, a atividade administrativa tende a ser encarada numa perspectiva global, na qual assumem relevância comportamentos que podem ou não ser pré-determinados legalmente e que podem expressar-se através de atos materiais, técnicos, organizatórios, operativos, cognoscitivos, inspetivos, decisórios, ou mesmo extra-procedimentais.

A sugestão de parâmetros, ou seja, os filtros pelos quais se propõe analisar as políticas públicas construídas em bases comportamentais, tem o objetivo de adequá-las ao sistema normativo preexistente, de forma a tornar o processo de formulação e proposição de alternativas e resoluções de problemas amplo, transparente e democrático.⁵⁴³

⁵⁴¹SOUZA, L. C.; RAMOS, K. T. F.; PERDIGÃO, S. C. R. V. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge... p. 244-246.

⁵⁴²ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 66.

⁵⁴³Experimentos laboratoriais demonstram como a sugestão oculta – com forte apelo à correção das internalidades – funcionam quando o objetivo principal é subtrair vieses para sugerir novos processos de formação de prioridades.

Por sua vez, a imposição de parâmetros para o planejador central implica reconhecer que determinadas matérias só poderão ser tratadas após a devida deliberação dos órgãos de representação democrática e não por técnicos ou unidades laboratoriais de experimentação. Isso inclui especificamente a tomada de decisão individual que não comporta reversibilidade, ou que não deixa espaço para o exercício consciente e consentido da liberdade individual, como, por exemplo, a adesão automática em programas de doação de órgãos ou ainda a política pública de saúde quanto aos tratamentos de alto risco.

A indisponibilidade de direitos passa pela discussão da fundamentalidade dos direitos constitucionais, dado que a proteção da liberdade individual e do autogoverno das próprias razões são expressões da garantia à liberdade referida no artigo 5º da Constituição Federal.⁵⁴⁴

Para Barroso⁵⁴⁵, “ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial.” O autor afirma que a autonomia pessoal não pode ser eliminada por ingerências de cunho social ou estatal quando se referem a decisões pessoais básicas.⁵⁴⁶ Horta⁵⁴⁷ identifica similar preocupação com os limites da atuação estatal sobre espaços sensíveis, atinentes à esfera da liberdade individual:

[...] não é verdade que os indivíduos conheçam suas preferências e, dadas as corretas informações, consigam maximizá-las. Abandonar essa noção, porém, é algo que lida profundamente com nossa autoimagem como adultos livres e conscientes. Um terceiro problema é que, ao desafiar a noção de que as pessoas sabem o que querem e como fazer para atingir isso, a ciência comportamental tangencia questões de ordem política. Ora, a discussão sobre soberania gira em torno da vontade da população em relação a um poder instituído. A tensão entre democracia e constitucionalismo, por exemplo, está intimamente ligada à questão de a ordem jurídica representar essa vontade, mas ao mesmo tempo submetê-la (COSTA, 2011). Sugerir que o Estado sabe mais sobre as “verdadeiras” vontades dos indivíduos (GUALA; MITTONE, 2015), e que, portanto, pode utilizar técnicas de controle para este

⁵⁴⁴Cf. FRIEDMAN, M. **Capitalismo & Liberdade**. [S.l.]: Ardenova, 1977. p. 17-33. Sobre a ampliação das competências do Estado para além do necessário cfr. POPPER, K. O Liberalismo – Algumas teses. In: DOERING, D.; ERKENS, R. **Leituras sobre o liberalismo**. (orgs.). São Paulo: Instituto Friederich Naumann, 2009. p. 13. Acerca das correntes neocontratualistas da liberdade a partir da segunda metade do século passado, em especial as posições de Rawls, Nozick e Bobbio cf. MERQUIOR, J. G.. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2011. p. 244-258. Sobre a deterioração de um governo constitucional pela privação da liberdade econômica cf. MISES, L. V. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2009. p. 92.

⁵⁴⁵BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82.

⁵⁴⁶BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo... p. 82.

⁵⁴⁷HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 661.

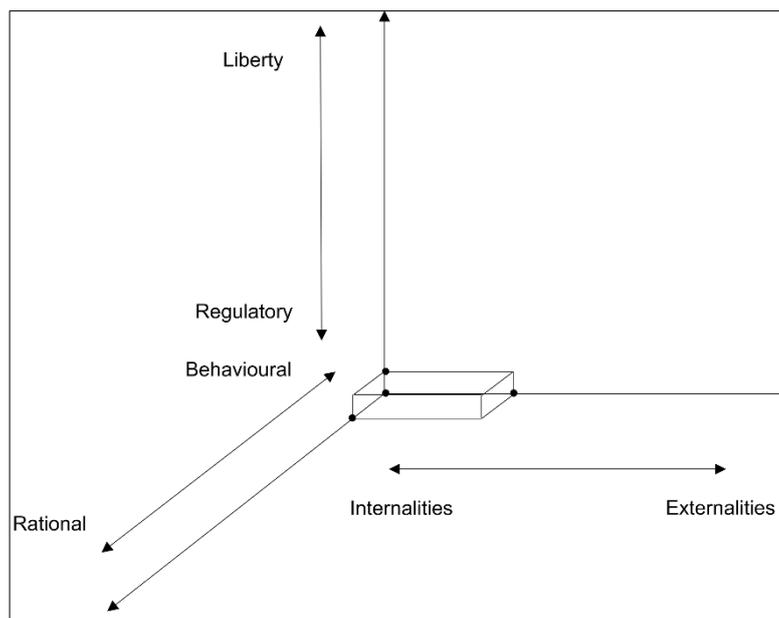
fim, é algo que exige uma reflexão atenta sobre os limites desejáveis desse poder. Como quarto ponto de alerta, salientamos que um aspecto essencial para essa questão é que toda e qualquer intervenção estatal que se baseie em modelos recentes da ciência comportamental não deve deixar de seguir os mesmos princípios democráticos e constitucionais que se aplicam às formas tradicionais de regulação. O “paternalismo libertário” só parece aceitável quando o governo promove as ações indutoras de forma transparente e em debate aberto com a sociedade. É inadmissível, numa democracia, que o Estado controle determinadas condutas sem transparência, ou sem a possibilidade de revertê-las se as pessoas não estiverem de acordo com ela. O exemplo brasileiro do recuo no “default” de doação de órgãos nos documentos demonstra que a ação do Estado nunca é uma questão meramente técnica, de utilizar de forma “neutra” as evidências as evidências científicas disponíveis, mas é sempre política, e envolve arenas decisórias amplas.

Há um risco, portanto, de se tomar uma iniciativa baseada no Paternalismo Libertário e recair no mesmo problema do paternalismo coercitivo, todavia, sem seguir o mesmo rito de um processo público de avaliação dos prós e contras das medidas proibitivas em face das liberdades individuais.

Nota-se que as técnicas do comportamentalismo pretendem alcançar o bônus da eficiência, sem passar pelo ônus de submissão ao debate público sobre a oportunidade e conveniência da imposição de limites ao livre exercício das preferências individuais. É um atalho institucional que não está em conformidade com as demais garantias de liberdade.

O espaço tridimensional (correção de externalidades, modulação da racionalidade e processo de regulação) de atuação do Estado acaba por se equiparar à uma coerção comportamental ostensiva, na qual os incentivos se tornam regras de condutas obrigatórias, prescindindo do autoconsentimento das razões individuais das pessoas impactadas pela intervenção. A representação gráfica desse problema foi trazida graficamente por Oliver na figura abaixo:

Figura 3 – O espaço do paternalismo coercitivo.



Fonte: OLIVER, 2018. p. 47.

Nota-se que a inserção dos eixos converge para a base da figura. Tais propostas de regulação comportamentalista acaba por ser funcionalizada unicamente para a correção de externalidades, que é um problema eminente coletivo, cuja solução deve passar por deliberação ampla e democrática.

Como dito, as externalidades são falhas de mercados não corrigidas pelo próprio mercado, com custos compartilhados pela coletividade. A preponderância dos aspectos regulatórios (eixo vertical) demonstra como o Estado é mais interventivo nessa modalidade de aplicação de política pública.

Apesar de fazer uso da mesma base retórica do Paternalismo Libertário (eixo diagonal), a política pública comportamentalista aplicada nessas bases apresenta a mesma configuração de um paternalismo coercitivo, cujos princípios básicos são a proibição ostensiva e correção das externalidades negativas.

Proposições dessa natureza conduzem as políticas públicas ao controle dos aspectos eminentemente privados e subjetivos, afastando-se dos fundamentos éticos do Paternalismo Libertário que, em tese, amplia o rol de opções privadas por correção de vieses característicos dos comportamentos erráticos. A proibição do tabagismo, por exemplo, é uma política paternalista coercitiva que não pode ser tratada pelos aspectos do Paternalismo Libertário, uma vez que não há liberdade de escolha oferecida ao tabagista.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸OLIVER, A. Assessing Social Care policy through a behavioral lens. *Mind & Society*, v. 17, p. 39-51, 2018. p. 47.

O conflito ético está localizado justamente nessa paradoxal missão do Direito e da Economia Comportamental: ampliar a liberdade de escolha, limitando as livres escolhas dos agentes econômicos. Uma vez que tais processos decisoriais são incitados pela manipulação psicológica, a restrição de liberdades individuais por parte do planejador central ocorre sem a tomada de consciência por parte do indivíduo. Quando o planejador central define previamente o rol de escolhas possíveis, esvazia-se o *locus* de opção moral do agente individual.

No curso do processo de transferência da responsabilidade de coordenação coletiva, elimina-se a possibilidade do direito de errar e do processo de aprendizagem com o próprio erro.⁵⁴⁹ Para Horta⁵⁵⁰:

“Numa perspectiva libertária, pode-se argumentar, em síntese, que o Estado só pode restringir a liberdade alheia quando isso evita que um indivíduo faça mal a outro. É este o argumento clássico do liberalismo de John Stuart Mill – só se pode limitar a liberdade de alguém quando ela prejudica a liberdade alheia. Complementando este argumento, há o princípio de que o conhecimento é um ativo disperso em toda a sociedade, e que o Estado não detém mais conhecimento sobre as preferências individuais do que os próprios indivíduos – este, um argumento epistêmico em favor da não interferência do Estado paternalista (SUNSTEIN, 2014, p. 3-7). Por que deveriam, então, burocratas que não sabem das vidas das pessoas mais do que elas próprias, que podem ignorar a diversidade e a heterogeneidade da sociedade, tutelar os comportamentos por meio dos “nudges”? Não estão esses próprios agentes públicos sujeitos a erros e vieses? (SUNSTEIN, 2014, p. 91-102). A questão se torna ainda mais complexa quando se coloca que o paternalismo estatal pode agir não só sobre “meios” para atingir preferências, mas também sobre os “fins”, ou as próprias preferências dos indivíduos. Se um cidadão deseja, conscientemente, poupar para sua aposentadoria, ou comprar um automóvel mais eficiente no uso de combustível, então o Estado poderia facilitar, via arquitetura de escolhas, a decisão mais econômica nesse sentido. Mas como ficaria a situação em que o cidadão voluntariamente deseja fumar, fazer sexo desprotegido ou se arriscar dirigindo sem cinto de segurança, e o Estado procura mudar essas preferências “para seu próprio bem?”

Em questões sensíveis e de impossível reversibilidade, o exercício da liberdade fundamental constitucional atrai o risco de ser ilegalmente restringido. Dois pontos específicos surgem desse problema: (i) a possibilidade de captura das preferências pelo planejador central e (ii) a violação de garantias de ação dentro dos limites de não ofensividade a terceiros. Para Zingales⁵⁵¹, a captura do legislador por

⁵⁴⁹O processo de limitação histórica das liberdades públicas pode ser visto *in* RIVERO, J.; MOUTOUH, H. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 115-127.

⁵⁵⁰HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 659.

⁵⁵¹ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: Bei Comunicação, 2015. p. 139.

interesses privados é um risco real afirmando que:

[...] seja como for, é improvável que um legislador capturado adote medidas contra essas práticas. Na verdade, há bons motivos para temer que qualquer interferência legislativa teria como resultado apenas distorções ainda maiores no mercado. Uma tática muito mais eficaz seria constranger quem pratica tais comportamentos [...].

Para evitar tais riscos, a utilização da Economia Comportamental como ferramenta programática do bem-estar social deve ser aplicada com parâmetros claros quando tocam questões sensíveis. O consentimento individual torna-se requisito indispensável para aplicação de incentivos comportamentais na elaboração de políticas públicas.⁵⁵²

No plano jurídico político institucional, a vinculação de opções políticas a instituição de metas, diretrizes ou princípios, por meio das espécies jurídico-normativas com o intuito de promover a redução das desigualdades sociais, por exemplo, é estabelecido por um consenso mínimo, especialmente para a formulação de políticas específicas.⁵⁵³

O consenso no âmbito das políticas públicas implica reconhecer a presciência dos instrumentos políticos e econômicos que deverão ser aplicados para a consecução das finalidades constitucionais. A ausência desse processo de máxima democratização e transparência pode, ao menos em tese, conflitar com políticas públicas que operem no campo da inconsciência dos indivíduos, como os incentivos sugeridos com base na Economia Comportamental.

Para Sustain⁵⁵⁴, dois fatores influenciam de maneira significativa a compreensão das pessoas acerca da aplicação das técnicas de *nudge*. O primeiro fator trata da percepção sobre a licitude dos objetivos formulados pelo planejador central. É compreensível supor que eventuais dúvidas sobre os méritos – até mesmo sobre a legitimidade – das metas traçadas pela administração enfraqueçam a adesão das pessoas aos programas políticos comportamentais. Para evitar que a percepção

⁵⁵²Para Grau, “o que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada”, ou seja, “que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção”. GRAU, E. R. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 73.

⁵⁵³SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 364.

⁵⁵⁴SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 200

sobre os objetivos de qualquer política pública seja enfraquecida por questionamentos éticos, revela-se necessário reforçar a transparência de todas as fases que envolvem o processo de formulação e implementação dos atos governamentais.

O segundo fator refere-se a sensação de discrepância em relação as decisões levadas à efeito pela comunidade. A ideia de manifestar escolhas em oposição à conduta da maioria das pessoas apresenta aspectos que tendem a estimular o comportamento de manada. Para evitar o escapismo individual nesse sentido, as políticas públicas baseadas em incentivos comportamentais devem dar maior ênfase aos processos deliberativos de decisão e evitar as manipulações inconscientes. Pessoas conscientemente engajadas apresentam maior disposição em aderir aos estímulos governamentais. Sustain⁵⁵⁵ reitera que os processos de maximização da transparência e a avaliação pública dos objetivos são as principais salvaguardas do poder público na implementação de políticas comportamentais. Quanto maior o escrutínio popular acerca de medidas comportamentais, menor serão as objeções éticas quanto a prática do *nudge*.⁵⁵⁶

O principal risco à liberdade e à autonomia individual é o indiscriminado uso político do behaviorismo como elemento normativo, uma vez que não exigem o consenso mínimo ou acordo democrático, como nos casos das tradicionais normas coercitivas. Para Barroso⁵⁵⁷, quando a escolha individual é substituída por qualquer imposição governamental é preciso ter em conta “o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino”.

Além dessa inexorável vinculação das políticas públicas aos fins constitucionais, fundadas nas garantias fundamentais da autonomia e liberdade individual, remanescem críticas sobre o papel do Estado para construir políticas que retirem do indivíduo a liberdade de escolha, uma vez que as finalidades a serem alcançadas por esse mecanismo (incentivos, enquadramentos etc.) de intervenção no

⁵⁵⁵SUSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 201

⁵⁵⁶ Ver Anexo B.

⁵⁵⁷BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61. A distinção é explorada em Jeremy Waldron (Moral autonomy and personal autonomy. In: CHRISTMAN, J.; ANDERSON, J. (Ed.). *Autonomy and the challenges to liberalism*, p. 307- 29). Segundo Richard Fallon a autonomia pode ser dividida em autonomia descritiva (considerando o efeito de fatores causais externos sobre a liberdade individual) e autonomia adscritiva (representando a soberania de cada pessoa sobre as suas próprias escolhas morais particulares). FALLON JUNIOR, R. H. Two senses of autonomy, **Stanford Law Review**, v. 46, n.4, p. 875-905, p. 875, 1994. p. 881.

domínio social e econômico são previamente desenhadas pelos agentes públicos.

Para Barroso⁵⁵⁸, “os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito das suas próprias vidas”. No caso de conflito de direitos individuais da mesma pessoa, o autor pressupõe que seja dada prioridade para o exercício da autonomia individual. Na mesma reflexão, Barroso⁵⁵⁹ reconhece que a “dimensão comunitária da dignidade humana deve estar sob escrutínio permanente e estrito, devido aos riscos de o moralismo e o paternalismo afetarem direitos e escolhas pessoais legítimas.”

A tese agora apresentada repousa, portanto, em quatro vetores fundamentais para a aplicação dos parâmetros de utilização dos mecanismos da Economia Comportamental em políticas públicas: (i) limitação à regulamentação sobre questões sensíveis; (ii) impossibilidade de aplicação sobre opções irreversíveis; (iii) efetiva transparência e publicidade; e, por último, (iv) ampliação máxima das escolhas e da correção das externalidades individuais.

As questões sensíveis são representadas pelos direitos fundamentais conexos ao exercício da liberdade da condição humana individual. A aplicação dos incentivos governamentais que demandam o consentimento expresso daqueles diretamente afetados pelo emprego da tecnologia comportamental decorre, paralelamente, da relativização dos direitos atinentes ao exercício das escolhas.⁵⁶⁰

A relativização do exercício das liberdades individuais, especialmente no processo de formação das escolhas autônomas, gera apreensão quanto às possíveis ameaças ao seu exercício, conforme advertência de Rivero e Moutouh⁵⁶¹: “organizar o exercício de uma liberdade é, sobretudo, protegê-la contra os perigos que a ameaçam. Ainda é preciso defini-las e hierarquizá-las [...]”

Como a presente tese assenta-se na observação de quatro parâmetros essenciais para adoção de políticas públicas comportamentais, é necessário informar

⁵⁵⁸BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo...** p. 101.

⁵⁵⁹BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo...** p. 110-112.

⁵⁶⁰Por exemplo, pela a ótica civilista somente os direitos patrimoniais de caráter privado permitem transação. Logo, a disponibilidade de direitos, e por via direta a autonomia da vontade individual está circunscrita ao conjunto de bens e direitos transacionáveis. A partir disso, não se mostra adequado que o Estado previamente disponha de uma ordem prévia de preferências articuladas para deliberação do conjunto de direitos ligados à dignidade humana que sequer o próprio indivíduo pode dispor. Cfr. GROPALLI, A. Introdução ao estudo do direito. *apud* MALUF, C. A. D. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

⁵⁶¹RIVERO, J.; MOUTOUH, H. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 202.

como se opera esse filtro de aplicação.

Primeiramente as propostas de regulamentação comportamental das escolhas humanas não podem cercear direitos individuais fundamentais. Para ilustrar tal vedação sobre questões sensíveis, o exemplo de políticas públicas relativas a disposição de órgãos é paradigmático.⁵⁶² Ao comentar sobre a tentativa governamental de alterar o processo de anuência para doação de órgãos, por meio do enquadramento da presunção do doador, Horta menciona:

[...] o dispositivo despertou vigoroso protesto de vários setores da sociedade, que questionavam a constitucionalidade da medida, o que levou o governo a recuar. Retornou-se, em função disso, para o modelo da doação consentida, em que é preciso que a família expressamente declare o status de doador. Com isso, a política foi abandonada, deixando no ar a questão: a derrubada dessa norma foi um ganho para a sociedade brasileira, na perspectiva da liberdade diante do Estado, ou uma oportunidade perdida de progresso para a saúde coletiva? Ou ambos?

A regulamentação sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, conforme descrito pela Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, é parte integrante da gestão nacional do Sistema Único de Saúde. Perfaz, portanto, o rol de políticas públicas com suporte constitucional. Logo, a proposição de manipular os índices de doação de órgãos via aplicação do enquadramento noticioso de uma opção padrão involuntária (*opt in/opt out*) não se coaduna com o sistema constitucional de garantias e liberdades fundamentais. Esta vedação é aplicável mesmo para propostas legislativas tradicionais, ou seja, que cumprem o roteiro habitual de deliberação democrática parlamentar.

Ainda que não ocorra deslocamento do foro deliberativo, a manipulação não consciente de incentivos não pode avançar contra direitos que não comportam a substituição do domínio da vontade individual pela vontade do planejador central. Ao permitir que propostas de manipulação cognitivas avancem sobre o campo do exercício individual de livre disposição consentida do próprio corpo, corre-se o risco de ampliar a intervenção central para a formação de escolhas irreversíveis.⁵⁶³

⁵⁶²HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. p. 652.

⁵⁶³Apesar de não ser legalmente permitida pela legislação brasileira, ante a inviolabilidade constitucional do direito à vida, qualquer ulterior deliberação política que envolva a irreversibilidade da situação *a quo* (doação de órgãos, aborto, eutanásia etc.) pode também ser limitada pelos vetores fundamentais de formulação e aplicação dos parâmetros de utilização dos mecanismos da Economia Comportamental. Sobre a dimensão ética da aplicação dos vários mecanismos de incentivos comportamentais no setor de saúde cf. BLUMENTHAL-BARBY, J. S.; BURROUGHS, H. Seeking Better

Nenhuma proposta de regulamentação central com base em incentivos comportamentais poderá tratar de temáticas cuja disponibilidade ou indisponibilidade são fundamentais para garantir o exercício das liberdades individuais (art. 5º, CF) e, uma vez submetidas à incentivos comportamentais redundem em decisões irreversíveis.

Por sua vez, a ideia de questões sensíveis diz respeito aos temas que geram ampla discussão no cenário político social, cujas posições antagônicas são defendidas por grupos de pressão interna e externa, com repercussões complexas e propostas de resolução variadas. Questões sensíveis são, por sua natureza, polêmicas.

Não obstante isso, a sugestão de limitação da atuação governamental sobre questões sensíveis não deve ser adotada isoladamente. Sua aplicação deve ser compreendida em conjunto com a ideia de irreversibilidade ou reversibilidade das posições em causa. As questões sensíveis que porventura sejam tocadas indiretamente por propostas de regulação comportamental devem ser reversíveis, ou seja, é indispensável que o indivíduo atingido por uma intervenção comportamental possa retornar ao *status quo ante*, sem qualquer prejuízo decorrente da dissensão comportamental.

Após a filtragem das questões sensíveis, bem como da (i) reversibilidade da proposição em causa, passa-se então a priorizar a (ii) efetiva transparência e publicidade e, por último, a (iii) ampliação máxima das escolhas e da correção das internalidades individuais. A identificação de possíveis soluções para problemas sociais, incluindo-se aí o problema das escolhas individuais e o incremento do bem-estar, deve observar conjuntamente a limitação à regulamentação sobre questões sensíveis e impossibilidade de aplicação sobre opções irreversíveis.

Para Schnellenbach⁵⁶⁴, a questão decisiva é saber a extensão e o conteúdo de uma proposição que pode ser unicamente política, em prejuízo inclusive dos mecanismos de autocontrole não governamentais. Segundo Elster, “o pré-compromisso pode tomar a forma de fixação de um custo ou penalidade sobre a

Health Care Outcomes: The Ethics of Using the “Nudge”. **The American Journal of Bioethics**, v. 12, n. 2, p. 1-10, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221805129_Seeking_Better_Health_Care_Outcomes_The_Ethics_of_Using_the_Nudge. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁵⁶⁴SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. **Kyklos**, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019.

escolha que se deseja evitar”.⁵⁶⁵ Um exemplo dos pré-compromissos individuais que impõem custos à eventualidade de uma escolha malfeita são as restrições contratuais contra saques antecipados em investimentos de longo prazo (*cooling-of periods*).

Por isso a correção de internalidades, ou seja, os processos internos de preferências, deve ser adotada como exceção, sobretudo quanto a proposições comportamentais incluídas no âmbito de políticas públicas que buscam a melhoria dos aspectos de bem-estar coletivo, em prejuízo dos processos individuais de escolhas livres. Sobre a disposição expansionista manifestada pelo planejador central, Polany⁵⁶⁶ observa que “a tendência continuará sendo o Estado alegar responsabilidade final por toda atividade que afete o bem-estar de seus cidadãos, inclusive o progresso da ciência.”

5.2 LOCUS DE APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS À UTILIZAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.

O momento da formação da escolha discricionária do administrador, a concepção do modelo, a apresentação dos pressupostos técnicos e materiais da política pública indicam o ponto de aplicação dos parâmetros para filtragem dos mecanismos comportamentais.⁵⁶⁷ As limitações ora sugeridas pretendem evitar que o controle de legalidade das políticas públicas seja realizado somente pela via jurisdicional.

O controle prévio a ser executado pelo próprio arquiteto dos incentivos tem o mérito de resgatar o exercício de conformação política aos limites institucionais dentro do próprio Direito posto e, por sua vez, correlacioná-los com os aspectos institucionais em seu alcance.⁵⁶⁸ Para Howlet *et al*⁵⁶⁹ “a ponderação dos méritos e riscos das várias

⁵⁶⁵ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2000. p. 24.

⁵⁶⁶POLANYI, M. **A lógica da Liberdade**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 143.

⁵⁶⁷“A complexidade dos fatos e dos elementos materiais que comporão os motivos da atividade administrativa será, desse modo, exposta às partes no processo administrativo e examinada em suas implicações, de tal forma que a decisão administrativa resultante seja plenamente informada, do ponto de vista substantivo, e não apenas resultado de uma contraposição formal, em que os elementos de fundo da questão permanecem ocultos”. In: BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 266.

⁵⁶⁸Cf. CÔRTEZ, P. R.; OLIVEIRA, A. M. A.; LARA, F. T. R. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 428-454, 2018.

⁵⁶⁹HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2013. p. 123.

opções constituem por isso a substância desse segundo estágio do processo político”. O estágio de formulação de proposição não dirá somente se há necessidade de agir diante de um problema social, mas também a melhor forma de fazê-lo e com os instrumentos que o planejador central julga adequados.^{570 571}

A despeito de qualquer outro, o modelo de análise de múltiplos fluxos, desenvolvido por Kingdom⁵⁷², permite visualizar de forma ampla o processo de formulação de políticas públicas, especialmente o fluxo de propostas e soluções (*policy stream*), local onde podem ser aglutinados também processos institucionais de filtragem.⁵⁷³

A aplicação de um filtro jurídico, portanto, restringe-se ao momento inaugural vinculado à sugestão de soluções a dar conta de um problema social a ser enfrentado pelo planejador central.⁵⁷⁴ Trata-se do momento imediatamente posterior à identificação e reconhecimento do problema, como aludem Howlet *et al*⁵⁷⁵:

⁵⁷⁰HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas...** p. 123.

⁵⁷¹A taxinomia dos instrumentos de políticas públicas é multivariada. Howlet *et al* informam que a categorização das ferramentas de políticas públicas conforme seu grau de interferência e dependência de órgãos governamentais ou de mercado foi originariamente desenvolvido por Robert Dahl e Charles Lindblom, na obra “Politics, Economics and Welfare”, de 1953. *In*: HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 128.

⁵⁷²O modelo de múltiplos fluxos de Kingdom, ora adotado para análise da proposição da economia comportamental em políticas públicas, explica o momento e o local de aplicação de parâmetros jurídicos, que pretende responder “onde” e “quando” aplicar o filtro jurídico de compatibilidade do sistema jurídica às políticas públicas. Cfr. KINGDOM, J. W. **Agendas, alternatives, and public policy**. 2. ed. Nova Iorque: Pearson, 2010. p. 230. Sobre a comparação entre os três fluxos também cf. Lia de AZEVEDO, L.; GOMES, R. C. Processo das políticas públicas: revisão de literatura, reflexões teóricas e apontamentos para futuras pesquisas. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 444-455, set. 2018. p. 447. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395164108>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000300444&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 jun. 2019. Cf. FRANCO, C. R.; MONTEMEZZO, F. P. O Lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. *In*: SALGADO, E. D.; GABARDO, E. (org.). **Direito, Mercantilização e Justiça**. Curitiba: Ed UFPR, 2016. p. 100. SECCHI, L. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 108-109. A ideia de fluxos de processos aplicada ao Direito pode ser também observa *in* BUCCI, M. P. D. **O conceito de política pública em direito**. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006. p.39.

⁵⁷³As referências utilizadas sobre o ciclo de políticas públicas não se alternam de forma substancial, mas apenas em aspectos de gradualidade. Ou seja, variam somente quanto as etapas de formulação que se alternam em subdivisões mais ou menos específicos sobre as etapas de percepção do problema, formação da agenda, proposição de alternativas, processos gerenciais decisórios e avaliação de resultados. Cf. SOUZA, L. C.; RAMOS, K. T. F.; PERDIGÃO, S. C. R. V. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 234-250, 2018.

⁵⁷⁴Para Neto “Esses parâmetros poderão ser fixados pela lei, pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas dos usuários (*feed back*), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle. *In*: MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 106.

⁵⁷⁵HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de

[...] as propostas podem surgir no próprio processo de montagem da agenda na medida em que o problema e sua respectiva solução chegam juntos à agenda do governo (Kingdon, 1984), ou se pode desenvolver opções após o caso em questão já ter entrado na agenda oficial. De toda forma, a extensão das opções disponíveis consideradas nesse estágio é sempre reduzida a quantas os *policy-makers* têm condições de acolher, antes que essas alternativas avancem para as deliberações formais dos tomadores de decisão.

Uma vez definidos os parâmetros para a elaboração de políticas públicas mediante utilização da Economia Comportamental, é necessário torná-los efetivos durante o estabelecimento de um fluxo de políticas públicas.⁵⁷⁶ Para que os parâmetros antes propostos sejam inseridos durante o processo de formação das alternativas, as propostas colocadas ao debate devem observar a correspondência das instituições para as quais essas mesmas propostas foram desenhadas.

Ao lado da análise substantiva dos limites de atuação do Estado por meio de políticas públicas construídas em bases comportamentais, o controle prévio dos motivos determinantes é sobretudo uma questão de abertura a clareza, transparência e informação dos administrados. É, por fim, a possibilidade de participação e manifestação clara e transparente das posições em jogo, nas palavras Bucci.⁵⁷⁷ Para Dorda⁵⁷⁸ é nesse momento que se projeta a clareza dos fatores convergentes do interesse público e “o melhor mecanismo decisório para o reflexo adequado de tal composição”.

O processo de formação de uma política pública nasce da parcela de liberdade do administrador público no momento da escolha dos instrumentos de concepção do programa.⁵⁷⁹ Uma vez determinadas pelo princípio constitucional do bem-estar, as políticas públicas que almejam alcançá-lo inserem-se no rol das

Janeiro: Elsevier, 2013. p. 123.

⁵⁷⁶O fluxo de políticas públicas refere-se ao momento em que experts e analistas propõem soluções para os problemas encontrados. Segundo Kingdom, três fluxos diferentes que influenciam esse processo de efetivação de uma política pública, o fluxo de problemas (identificação de problemas), fluxo da política pública (exploração das soluções e configuração de propostas) e fluxo político (aglutinação da opinião pública, mandatos administrativos e grupos de pressão interno e externo). Para que esses três fluxos possam confluir para uma agenda concreta, Kingdom ainda sugere a existência de uma “janela política”, momento específico em que as “trajetórias dos fluxos se cruzam ou são reaproximadas pelas atividades de empreendedores que interconectam os problemas, as soluções e oportunidades”. In: HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas...** p. 115.

⁵⁷⁷BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 269.

⁵⁷⁸COMELLA DORDA, R. *Limites del poder reglamentario en el derecho administrativo de los Estados Unidos*. Barcelona: Cedecs, 1997. p. 14.

⁵⁷⁹BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 265.

temáticas envoltas pelo interesse público.⁵⁸⁰ Logo, é também de interesse da coletividade que os processos criativos dos arquitetos de políticas públicas sejam também submetidos ao conhecimento dos interessados.

Em grande parte, a formulação de alternativas para resolução de problemas ocupa o segundo ou terceiro estágio do ciclo de desenvolvimento do processo de construção de qualquer política pública.⁵⁸¹ Ele está situado no momento imediatamente anterior à tomada de decisão política. Neste estágio de consolidação de alternativas não é incomum a existência de discordâncias internas sobre as opções a serem seguidas.⁵⁸²

Para Howlett *et al*⁵⁸³, tais discordâncias podem ser tratadas na fase de consolidação, quando os atores políticos são convocados a emitir *feedback* sobre a opção ou opções recomendadas, que inclusive podem ser dimensionadas unicamente no plano teórico, veja-se:

[...] observa-se, mais uma vez, que as limitações que levam os *policy-makers* a rejeitar certos tipos de opções não precisam se fundamentar em fatos (Merton, 1948). Se atores importantes no subsistema político acreditam que alguma não vai funcionar ou é inaceitável, isso é suficiente para excluí-la de consideração adicional no processo político (Carlos, 2000). Como vimos na discussão sobre a montagem da agenda, no capítulo anterior, a percepção é tão real quanto a própria realidade, nesse segundo estágio do processo político.

Os autores tratam tais restrições internas como limitações de natureza procedimental, as quais, por sua vez, são caracterizadas pelos aspectos institucionais de adequação das propostas.⁵⁸⁴ As restrições procedimentais institucionais, portanto, atuam em paralelo com a implementação dos quatro vetores sugeridos para definir os parâmetros de viabilização das políticas públicas comportamentais (reversibilidade, correção de internalidades, transparência e ampliação máxima da liberdade de

⁵⁸⁰Franco Bassi *apud* Maria Paula Dallari Bucci “um interesse público é reconhecível como interesse público quando assim é qualificado pela lei ou pelo direito”. In BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 265.

⁵⁸¹Um apanhado geral das variações de ciclos de políticas públicas foi demonstrado por Mario Procopiuck, cujas as ilustrações colhem os exemplos mais notórios dos cientistas da administração pública como Harold Lasswell, Charles Jones, Garry Brewé, Randal Ripley, Peter Knoepfel, James Anderson e Sapru. In: PROCOPIUUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 161-165.

⁵⁸²HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 125.

⁵⁸³HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas...** p. 123.

⁵⁸⁴HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas...** p. 125.

escolha). Para Howlett *et al*⁵⁸⁵, propor soluções não é somente trazê-las à tona, mas também avaliá-las como “ação julgada politicamente aceitável e administrativamente viável.”

Como as etapas juridicamente vinculadas e concatenadas da vontade governamental estabelecem a vida institucional de uma política pública, o seu nascedouro é o momento apropriado para que eventuais exageros sejam corrigidos e os rumos possam ser conformados a um plano jurídico preexistente. Os estágios de desenvolvimento das políticas públicas são reforçados por seu caráter unitário, necessário para conferir a coerência com o estágio anterior e a regularidade para avançar às etapas seguintes.

Para Bucci⁵⁸⁶, “o programa de ação governamental, ganha profundidade, quando sua racionalidade desvela as conexões de sentido com os atos que antecedem, assim como os que a sucedem”. A ponderação dos limites durante o processo de sugestão de soluções confere ao ciclo de políticas públicas uma abordagem institucional plena, conforme sugerido por Bucci⁵⁸⁷:

[...] trata-se da abordagem institucional do processo governamental, baseada em pressuposto da tradição institucionalista da ciência política, segundo a qual as decisões e preferências são influenciadas ou distorcidas por regras e procedimentos. Uma vez que os processos contribuem para moldar as decisões, cabe trazê-los a lume de modo racional, compreendendo as formas pelas quais os próprios processos e seus pressupostos de formação tornam-se objeto de decisão, conscientemente informada de suas injunções políticas.

Portanto, o espaço destinado à proposição de parâmetros para aplicação da economia comportamental em políticas públicas acaba por operar a proteção mesma dos Direitos atinentes ao exercício da autonomia individual. O processo político de construção das alternativas é a própria matriz do pensamento jurídico de filtragem.⁵⁸⁸ Por sua vez, essa é a estrutura edificante que revela o conjunto de pressupostos jurídicos que formarão a decisão governamental.⁵⁸⁹ Em termos programáticos, a ideia de sondagem das opções possíveis dentro das políticas públicas nada mais é senão a coleta, o processamento e a avaliação de conclusões a serviço da tomada de

⁵⁸⁵HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas...** p. 125.

⁵⁸⁶BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 2023.

⁵⁸⁷BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas...**posição 2023.

⁵⁸⁸BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas...**posição 2023.

⁵⁸⁹BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 2023.

decisão.⁵⁹⁰

Neste momento são examinadas as propostas listadas e recusadas aquelas cujas objeções normativas violam os valores básicos institucionais. Para Etzioni⁵⁹¹, nesse momento as decisões mais custosas e menos reversíveis devem ser postergadas em preferência se comparadas às decisões menos custosas, cuja reversibilidade seja mais tangível.

A possibilidade de aplicação de filtros para a proposição de soluções em políticas públicas amplia a dimensão democrática e a primazia ao processo de formação do Direito.⁵⁹² É o próprio olhar do jurista que ganha expansão para além do Direito posto ou pelo Direito dito pelos tribunais.⁵⁹³ Trata-se da correlação da norma com o próprio fato institucional.

A extensão da capacidade normativa do administrador acaba por se limitar ao contexto institucional de fronteiras rígidas para a aplicação de incentivos comportamentais. Para Bucci⁵⁹⁴, “o controle das formas e dos processos parece ser o caminho para o diálogo que diz respeito aos conteúdos e às decisões de fundo”. E mais⁵⁹⁵:

[...] não obstante, diante da necessária relativização das possibilidades de construção “material” do direito, baseado em normas cujo conteúdo social seria suficiente como legitimação e endereço político, o processo se afigura como o meio de controle democrático disponível em relação aos passos de formação da decisão do Poder Público, considerando o emprego de meios públicos e todas as injunções que afetam o conjunto de pessoas.

As políticas públicas comportamentais demonstram, à toda evidência, que a tecnologia de incentivos pode atingir um sem fim de propósitos, que encontra no princípio constitucional do bem-estar a apologia axiológica adequada. No entanto, inexistem critérios sólidos para que as alternativas propostas não violem a esfera da liberdade de ação individual naquilo que se mostram inadequados aos princípios formadores de um estado plural e democrático.

Ao sugerir critérios para aplicação de incentivos, ainda na fase de

⁵⁹⁰ETZIONI, A. Reexame da estratégia mista de decisão. *In*: HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. (org.) **Políticas Públicas e Desenvolvimento**. 2. Ed. Brasília: UNB, 2009. p. 234-235.

⁵⁹¹ETZIONI, A. Reexame da estratégia mista de decisão... p. 237.

⁵⁹²BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition, posição 2306.

⁵⁹³BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**... posição 2306.

⁵⁹⁴BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**... posição 2323.

⁵⁹⁵BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**... posição 2330.

deliberações administrativas, o debate sobre o alcance do comportamentalismo ganha relevância institucional. A discussão, então, amplia-se para uma esfera não somente econômica ou eficientista dentro dos limites burocráticos do aparato estatal, mas também para uma ponderação institucional.

Portanto, dentro dessa análise correlacionada, é preciso reconhecer que os limites direcionados à aplicação de incentivos cognitivos em políticas públicas têm relevância normativa e devem ser criteriosamente limitadas em face de possíveis violações das liberdades e garantias institucionais.

Deste modo, o plano de fundo deste debate trata do alcance dos controles direcionados às preferências individuais em face do poder camuflado que pode existir dentro de uma programação estatal neurocognitiva. Não há paralelo dentro do sistema jurídico de leis e ordens emanadas do Estado que demonstrem tamanho poder de sugestionamento de padrões, que se erguem de maneira implícita e muitas vezes ocultas, sem qualquer possibilidade de participação ou contestação por parte do cidadão.

A abertura administrativa à proposição de parâmetros pretende evitar que se opere essa subversão dos valores republicanos de participação democrática e popular, cujo autogoverno das razões subjetivas é, ao fim, a realização plena da autonomia e da liberdade, valores supremos expressados pelas garantias e direitos individuais dispostos na Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, a advertência de Souza *et al*⁵⁹⁶:

Indaga-se se a utilização dos nudges poderia configurar espécie de indução de comportamento por parte do governo de forma a criar padrões desejados de conduta. O fato de se desejar tornar os processos decisórios mais fáceis para os indivíduos, por meio do exercício de alguma forma de influência nas suas escolhas e comportamentos, poderia configurar instrumento de subversão da sua intrínseca vontade no intuito de conferir êxito na manipulação de comportamento. Dessa forma, o governo poderia direcionar e operar a atuação dos indivíduos de acordo com seus interesses por meio da utilização de políticas previamente estudadas e planejadas para determinado proveito.

O contrário disso admite a aplicação astuta por parte do arquiteto de incentivos, pelo manejo de sutilezas próprias de uma engenharia social cujos méritos

⁵⁹⁶SOUZA, L. C.; RAMOS, K. T. F.; PERDIGÃO, S. C. R. V. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 234-250, 2018. p. 246.

não encontram convergência com o sistema político e jurídico vigente.

Por isso, o risco de qualquer manipulação imaterial, supostamente inócua, tem incidência sobre a própria personalidade dos sujeitos de Direito. Elas carregam não só a possibilidade de uma mudança de direção das condutas, mas da própria maneira como as pessoas avaliam suas expectativas, sua cultura e a própria existência dentro da comunidade. No mesmo sentido, Rocha e Calixto⁵⁹⁷ mencionam risco de uma aplicação desmesurada de incentivos comportamentais quando afirmam que:

[...] o caso do paternalismo libertário é tão controvertido quanto o do planejamento cultural, e se por um lado atraiu muitos entusiastas, por outro lado despertou bastante antagonismo e críticas inflamadas. Uma das mais contundentes foi elaborada por White (2013), que apontou uma série de dificuldades éticas e técnicas que, alegadamente, demonstrariam a inconsistência da proposta de Thaler e Sunstein (2008). Uma crítica do ponto de vista ético afirma que o modelo de paternalismo por eles avalizado seria mais nocivo do que modelos tradicionais, por operar veladamente, e não de forma ostensiva como o paternalismo old school.

A potencial invisibilidade dos incentivos neurocognitivos, ou seja, a sua condição de operar mudanças silenciosas, retira do cidadão seu poder de decisão e o torna passivo em um cenário crescente de intervenções estatais direcionadas para dentro do círculo interno – cada vez mais ameaçado – da autonomia das razões individuais e das liberdades subjetivas do exercício das escolhas. A imposição de um quadro limitador da ação estatal não busca eliminar as alternativas de solução fundadas em premissas comportamentais, mas apenas dar-lhe contornos de razoabilidade.

Estabelecer limites à criativa atividade estatal, portanto, mais do que um apelo à liberdade, é um exercício de preservação da cidadania. Qualquer sociedade desenvolvida passa pelo processo de construção das alternativas e incentivos comportamentais. Mas, não deixa ao largo os processos de aprendizagem, construção lenta e progressiva de valores socialmente compartilhados e da formação cultural emancipatória.

⁵⁹⁷DA ROCHA, C. A. A.; CALIXTO, F. C. Comportamento, escolha e políticas públicas: intersecções entre paternalismo libertário e planejamento cultural. In: ZILIO, D. (org.) **Comportamento em Foco**. São Paulo: Associação Brasileira de Psicologia e Medicina Comportamental – ABPMC, 2018. v. 8, p.96.

6 CONCLUSÃO

O papel do Estado como ente regulador dos comportamentos individuais e seu impacto na sociedade é objeto de estudo por inúmeras abordagens, com diferentes métodos de aproximação. Portanto, uma vez definido o mecanismo de intervenção central a ser analisado, a abrangência de suas implicações no contexto socioeconômico é parte indissociável do estudo da política pública que serve de suporte para sua aplicação.

A inclusão de mecanismos de influência comportamental transformou o processo de elaboração de políticas públicas e as formas de intervenção estatal. A partir da absorção da Economia Comportamental em políticas públicas, os métodos de intervenção central sobre a definição de preferências individuais ganharam um novo capítulo. Como as ações humanas têm relação direta com o exercício das escolhas no ambiente socioeconômico, todo o processo de construção das preferências individuais passou a ser também objeto de intervenção com novas tecnologias.

A edificação desta nova agenda central não seria possível sem antes contestar a hegemonia do paradigma da escolha racional. Tal paradigma foi construído sob a premissa da racionalidade do agente econômico que, ao tornar suas escolhas concretas no ambiente econômico e social, tinha em conta somente a maximização da própria utilidade.

A Economia Comportamental foi determinante para desconstruir esse específico argumento. A partir desta cisão teórica, o desenvolvimento das proposições comportamentais modificou substancialmente a forma como o próprio Estado compreende o exercício das liberdades individuais. Para os comportamentalistas, firmas e pessoas não agem sempre conscientemente, razão pela qual o Estado pode ser chamado a equilibrar o jogo dos incentivos com as políticas comportamentalistas. A demonstração desse embate teórico, que colocou em compasso de análise os paradigmas da Teoria da Escolha Racional, foi tratada na primeira Seção.

A evolução das aplicações comportamentalistas acabaram por influenciar também o método de criação e proposição de regras do próprio Direito, com a internalização de parte das novas descobertas acerca dos incentivos neurais e suas observações empíricas.

O Direito e a Economia Comportamental iniciaram uma criativa relação de influências recíprocas, cujo objetivo principal tinha por meta o aumento do bem-estar social, desta feita sem a utilização dos mecanismos tradicionais de regulação dos comportamentos. Não tardou para que essa nova caixa de ferramentas fosse aplicada ao desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, a reformulação institucional de um procedimento de criação de regras de condutas, que não mais se orientava pela coordenação geral e ostensiva, mas pela manipulação cognitiva. Essa nova forma de ação central teve como base teórica o Paternalismo Libertário.

Esse novo método de intervenção foi estimulado pela criação de inúmeros ambientes de produção burocrática, sob a justificativa de melhoria da condição de bem-estar da sociedade pela funcionalização das escolhas individuais. Assim, as escolhas pessoais inócuas e subjetivas, antes restritas ao foro íntimo de cada pessoa, submetem-se a uma maior incidência de ações oficiais. De certa forma, a Teoria da Escolha Racional cede terreno para as descobertas da Economia Comportamental, que passa a pautar uma série de proposições na arena públicas a partir da segunda metade do século passado. Abandona-se, portanto, a ideia da racionalidade forte do agente social como construção teórica que tomou por base a ideia do *homo economicus*

Todavia, o requisito essencial de validade das políticas públicas repousa no alinhamento com o sistema jurídico que lhe dá suporte, conforme já mencionado na introdução desta pesquisa. O aumento do bem-estar – promovido pela adoção de mecanismos dos incentivos comportamentais – deve estar alinhado com a meta princípio do bem-estar, presente no preâmbulo da Constituição Federal, mas também com outros princípios informadores, como a liberdade, a publicidade e, principalmente, a transparência.

As ideias que perfazem a noção de políticas públicas apresentam um componente institucional que pode ser avaliado pelo conjunto de regras que lhes dá forma. Essa referência inicial responde duas questões articuladas na hipótese inicial, sobre o papel do Direito na construção das políticas públicas e sobre a forma dos modelos jurídicos sugeridos para alcançar aumento de bem-estar, especialmente quando o as preferências individuais passam a ser o local de intervenção pública de atuação do Estado.

A metodologia comparativa – utilizada para tratar desse novo arranjo institucional – buscou demonstrar a racionalidade que subjaz à intervenção estatal

baseada em incentivos cognitivos. Foram estabelecidas pontes e similaridades entre o Direito, a Economia e a Ciência da Administração Pública, para então identificar como o conjunto institucional centraliza no próprio Direito a imposição de limites à ação do Estado. A metodologia comparativa aplicada, que trouxe como base aspectos do institucionalismo, tem outra vantagem. As políticas públicas não são sinônimas de Direitos. Não há como conceber um Direito ao bem-estar sem um instrumento específico que lhe dê efetividade. Se, por um lado, é impossível reduzir políticas públicas a qualquer referência normativa isolada – mesmo àquela cuja expressão legal está localizada no plano constitucional –, por outro lado, a análise do conjunto dos arranjos normativos permite traçar o alcance das proposições político-normativas que buscam manipular os comportamentos individuais. Por isso a preocupação acerca dos limites do Estado na interferência do domínio privado. A busca por parâmetros da aplicação de alternativas comportamentais buscou traçar os limites dessa atuação expansiva do Estado.

A partir da introdução de mecanismos de incentivos comportamentais, o indivíduo é representado por uma ideia de homem superfalível, instintivamente direcionado para agir em desacordo com o que seria melhor para si e para meio em que se relaciona. Logo, a intervenção do planejador central para corrigir tais imposturas seria plenamente justificável, analisadas sob a teoria do Paternalismo Libertário.

O metaprincípio do bem-estar é o nexo que conecta a ação do planejador central ao plano sistêmico jurídico que, por sua vez, legitima a atuação estatal nesse sentido. Isso reduz, ao menos em tese, elementos de tensão que possam advir da complexidade dos elementos jurídicos e não jurídicos que fazem parte do conjunto que compõe as políticas públicas comportamentalistas. O incremento do bem-estar é a base informativa e o pilar fundamental que evita a dispersão dos demais elementos. Sob uma intervenção estatal com base em incentivos, nenhum componente do conjunto de tais estruturas pode se afastar dessa meta.

Como essa racionalidade estatal se encontram no plano típico ideal, ou seja, ela é uma construção teórica que orienta as ações governamentais nesse sentido, a proposição de alternativas comportamentais em políticas públicas deve ser avaliada em questões práticas, que se desenvolvem na medida em que operam como regras de Direito. Eventuais ameaças às garantias do exercício livre das escolhas individuais acabam por ser suscitadas nesse ambiente de potencial restrição de direitos.

Os exemplos concretos trazidos para análise demonstram algumas possibilidades de expansão irrefletida das preferências estatais em prejuízo das escolhas autônomas individuais, mesmo quando tais escolhas autônomas são tomadas unicamente por um processo de internalização sem qualquer externalidade negativa.

A relevância do debate que envolve a Economia Comportamental e seus mecanismos na busca pelo incremento do bem-estar social constitui, possivelmente, uma das mais polêmicas formas de intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente a partir da virada do século XX. A importância do *design* comportamental em políticas públicas, apesar de legítima e juridicamente justificável, demonstra como o planejador central avança de forma sutil contra a esfera de garantias e Direitos historicamente construídos como fundamento das sociedades ocidentais. Isso fica claramente demonstrado pela identificação dos elementos que formam os pilares teóricos do Paternalismo Libertário.

Essa nova forma de avaliar a ingerência do Estado no domínio econômico e social introduz no debate científico respostas vindas de outros campos da ciência, sobremaneira quando um dos objetivos do programa jurídico-político é alcançar o bem-estar social. Mais uma vez, o método comparativo foi fundamental na tentativa de compreender o caminho e objetivo de uma política pública comportamentalista, de maneira a construir pontes teóricas com campos científicos paralelos à ciência do Direito.

Como tais elementos operam na formação das preferências individuais e, especialmente, no complexo cenário de formações subjetivas das escolhas, o cotejo das novas metodologias de ação estatal com os métodos tradicionais de regulação dos comportamentos permitiu aventar a hipótese da existência de um risco de ingerência inadequada.

Por detrás dos posicionamentos a favor ou contra a adoção de tais medidas, uma ampla discussão se fez necessária sobre os limites ético-normativos que circundam a aplicação dos incentivos neurocognitivos como forma de efetivar as mudanças comportamentais. Isso tem direta relação com o funcionamento das instituições, como elas atuam sobre a conformação de arranjos complexos e como elas se desenvolvem dentro de qualquer programa político que pretende solucionar problemas.

Há, portanto, uma nova tutela jurídica estatal das más-escolhas. Um novo campo jurídico de atuação do Estado, que pressupõe a irracionalidade dos agentes sociais econômicos. Como a missão institucional do Estado abarca, entre outros propósitos, a titularidade das ações que conduzem ao bem-estar social geral, compete estabelecer a medida na qual o indivíduo pode sofrer interferência em suas preferências legítimas. A funcionalização das escolhas individuais não pode sacrificar o exercício de suas liberdades de ação.

O incremento do bem-estar justifica, em tese, a aplicação de incentivos neurocognitivos em políticas públicas, mesmo quando não é dado ao indivíduo tomar consciência da escolha. Todavia, conclui-se que a aplicação de alternativas baseadas em incentivos comportamentais deve ser orientada por alguns limites claros e objetivos.

Como já reconhecido no curso desta investigação, determinadas aplicações tecnológicas de incentivos públicos não causam violação de garantias ao exercício da autonomia pessoal, uma vez que são projetadas sobre o conjunto de direitos disponíveis do indivíduo. Por outro lado, e conforme já mencionado na quinta seção, determinadas manipulações cognitivas e comportamentais desenhadas pelo planejador apresentam elevado risco de violação de Direitos atinentes ao exercício das liberdades fundamentais.

Por isso, ao conceber a ideia de políticas públicas como arranjos institucionais complexos, a conformação das propostas em políticas públicas ao Direito se revela indispensável. Isso não significa reduzir a sugestão de parâmetros de aplicação a uma solução jurídica isolada, mas enquadrá-las em uma estrutura maior, que deve suscitar limites à construção de alternativas ainda na fase de proposição, portanto no âmbito puramente administrativo e gerencial, vinculado ao plano institucional onde se desenvolve a ação política.

Por isso a necessidade de identificar com base em ciências correlatas – Administração Pública, Ciência Política, Economia e Psicologia – novas dimensões de gestão de políticas públicas que objetivam propor mecanismos de intervenção com base em ferramentas da Economia Comportamental. A extensão de tais alternativas deve conviver em harmonia com a dimensão jurídica, o que dá conexão normativa entre os diversos elementos de uma política pública.

A tese sugere alguns parâmetros de atuação do Estado para a proposição de incentivos comportamentais em políticas públicas. O argumento consistente na

proposta de parâmetros para a atuação estatal, sem tornar a política pública uma categoria autônoma, com limites epistemológicos encapsulados dentro de um campo científico fechado, ou mesmo da proposta de um estatuto jurídico limitado pela positivação normativa com vistas a definir tais restrições à atuação estatal.

Ao optar por identificar e correlacionar os diversos elementos que formam o processo de tomada de decisão no âmbito governamental, a proposta de limites à atuação estatal tratou de combinar diferentes posições epistemológicas, jurídicas e não jurídicas. Acredita-se que a tese confirmou seu enquadramento na área de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, de Direito do Estado e Desenvolvimento Econômico, por se relacionar à discussão sobre o alcance do desenvolvimento promovido por incentivos comportamentais e o planejamento de ações estatais nesse sentido.

No campo administrativo buscou-se discutir como as alternativas de soluções de problemas compõem os instrumentos de ação governamental, suas justificativas teóricas e suas aplicações conjuntas em face do exercício da liberdade individual. A relevância do método comparativo, portanto, trata de identificar as similaridades de cada um desses campos do conhecimento ao Direito e à garantia das liberdades individuais. Tratou-se, ao longo do trabalho, de estabelecer uma estratégia jurídica de conformação, com a identificação dos modelos de intervenção em face de exemplos concretos abordados e seus limites.

Por fim, a discussão proposta retomou o debate sobre o conjunto das liberdades individuais, seu papel dentro do desenvolvimento coletivo e a própria articulação governamental que busca aumentar os níveis de bem-estar. O indivíduo como juiz soberano das escolhas, insuscentível às influências alheias, já não reflete mais o paradigma que fundamentou o desenvolvimento histórico de políticas públicas construídas no passado.

Em contrapartida, submeter o exercício das liberdades individuais aos ditames do planejador central, baseado em novos instrumentos de intervenção, exige a proposição de limites claros. Esses limites não são outros senão aqueles impostos pela própria instituição, conforme os arranjos institucionais amarrados por um elemento prioritariamente jurídico. Do contrário, o desenho de alternativas e soluções no âmbito do processo de criação de políticas públicas amplia a hipótese de expansão intervencionista para zonas próprias da individualidade humana, que exaltam a falsa ideia de cidadãos impotentes e incapazes de definir os seus próprios objetivos.

REFERÊNCIAS

AKERLOFF, G. A.; SHILLER, R. J. **Pescando Tolos, a economia da manipulação e da fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

AKERLOFF, G.; SHILLER, R. **O espírito Animal**. Elsevier, 2009.

ALMEIDA, L. A.; GOMES, R. C. Processo das políticas públicas: revisão de literatura, reflexões teóricas e apontamentos para futuras pesquisas. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 444-455, set. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395164108>. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000300444&lng=pt&nrm=iso. Acessos em: 18 jun. 2019.

ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ANDERSON, J. E. **Public Policemaking**. Boston: Cengage Learnign, 2011.

ANGELI, E. Os usos do individualismo por James Buchanan. **Econ. soc.** [online], v. 28, n., p. 53-70, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182019000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 nov. 2019.

ARAÚJO, F. **Análise Económica do Direito: programa e guia de estudo**. Lisboa: Almedina, 2008.

ARDÈVOL-ABREU, A. Framing theory in communication research in Spain. Origins, development and current situation. **Revista Latina de Comunicación Social**, n. 70, p. 423-450, 2015.

ARIELY, D. **Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions**. New York: Harper Perennial, 2009.

ARIELY, D. **Positivamente Irracional**. São Paulo: Campus, 2010.

ARIELY, D. **Hitler and Nudge**. Out., 2010. Disponível em: <http://danariely.com/2010/10/05/hitler-nudge/>. Acesso em: 4 abr. 2019.

ARIELY, D.. **Positivamente Irracional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ARNS, V. M. B. Behavioral Law and Economics in Practice: Improving public policy, governments and regulations. **Revista de Direito Pública da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 219-235, jan./mar. 2018.

ÀVILA, F.; MENEGUIN, F. B. A Economia Comportamental Aplicada a Políticas Públicas. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

AYRES, C. E. The Instinct of Belief-in-Instincts. **The Journal of Philosophy**, v. 18, n. 21, p. 561-565, out. 1921. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2939519>. Acesso em: 15 jan. 2020.

AZEVEDO, L.; GOMES, R. C. Processo das políticas públicas: revisão de literatura, reflexões teóricas e apontamentos para futuras pesquisas. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 444-455, set. 2018. p. 447. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395164108>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000300444&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 jun. 2019.

BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2015: Mente, sociedade e comportamento**. Washington, DC: Banco Mundial, 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: em 14 set. 2019.

BARCELLOS, A. P. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, ago./2018.

BARON, J. Biases in the quantitative measurement of values for public decisions. **Psychological Bulletin**, Filadélfia, n. 122, p. 72-88, 1997.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82.

BEIER, M.; IANNOTTI, G. C. O paternalismo e o juramento hipocrático. **Revista Brasileira de Saúde Mater. Infant.**, Recife, v. 10, supl. 2, p. 383-389, dez. 2010.

BENARTZI, S.; THALER, R. Heuristics and Biases in Retirement Savings Behavior. **Journal of Economic Perspectives**, v. 21, n. 3, p. 81-104, verão, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad, Luiz João Baraúna. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BESHEARS, J.; CHOI, J. J., LAIBSON, D., MADRIAN, B. C. The Importance of Default Options for Retirement Saving Outcomes: Evidence from the United States. *In*: BROWN, B; LIEBMAN, J; WISE, D. A. (eds.) **Social Security Policy in a Changing Environment**. Chicago: NBER, 2009. p. 167-195. Working Paper N.. 12009 Janeiro, 2006, Revised March 2007 p. 27. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12009.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BIAZEVIC, J. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre a legal reasonig and legal theory and the rule of law**. São Paulo: Juan Paulo Haye Biazovic, 2017, p. 159.

BLUMENTHAL-BARBY, J. S.; BURROUGHS, H. Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the “Nudge”. **The American Journal of Bioethics**, v. 12, n. 2, p. 1-10, 2012. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/221805129_Seeking_Better_Health_Care_Outcomes_The_Ethics_of_Using_the_Nudge. Acesso em: 11 nov. 2019.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: ícone, 2006.

BOWLES, S. **The moral economy, why good incentives are no substitute for good citizens**. New York: Yale University Press, 2016.

BRASIL Lei n. 4.280/63, Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. **Diário Oficial da União**, 6 nov. 1963.

BRASIL, Lei n. 5.107/66. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 13 set. 1966.

BRASIL. Lei n. 5.479/68. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 10 ago. 1968.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.839/1989. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 out. 1989.

BRASIL. Lei n. 8.036/1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 11 maio 1990.

BRASIL. Lei n. 8.213/1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 jul. 1991.

BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução CONTRAN – 757 de 1991.

BRASIL. Lei n. 8.489/92. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 18 nov. 1992.

BRASIL. Lei n. 9.434/97. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 4 fev. 1997.

BRASIL. Medida Provisória 2.083/2001, de 22 de Fevereiro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. **Diário Oficial da União**, 22 fev. 2001a.

BRASIL. Lei n. 10.211, de 23 de Março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". **Diário Oficial da União**, 23, mar. 2001b.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076-5**. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, Diário da Justiça, 8 ago. 2003

BRASIL. Lei n.12.456/2011. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 14 dez. 2011.

BRASIL, **Centro de Estudos Comportamentais e Pesquisa** – CECOP. Comissão de Valores Mobiliários - CVM, 2018. Disponível em: <<<http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/estudos/estudos.html>>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRUE, S. L. **História do Pensamento Econômico**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learnign.

BRUNI, L.; SUNGDEN, R. The road not taken: how psychology was removed from economics, and how it might be brought back. **The Economic Journal**, Rio de Janeiro, v. 117, n. 516, p. 146–173, 2007.

BRUX, J. M. **Economic Issues and Policy with Economic Applications**. Mason: South-Western, 2005.

BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.) **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051. Acesso em: 3 abr. 2019.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle Edition.

BUCHANAN, J. M. **The Economics and Ethics of Constitutional Order**. [s.l.]

University of Michigan Press, 1991.

BUCHANAN, J. M. Public Choice: Politics Without Romance. **Policy, The Centre for Independent Studies**, v. 19, n. 3, primavera 2003.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Collected works of James M. Buchanan. Publicado originalmente: Ann Arbor: University, of Michigan Press, 1962. v. 3.

BUGARIN, M. S.; BUGARIN, T.T. S. Ética & Incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v.13, n. 2, mar./ago 2017.

BUTLER, E. **Escolha pública: um guia**. São Paulo: Bunker Editorial, 2015.

CALABRESI, G.; BOBBIT, P. **Tragic Choices: The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CAMPOS, L. A. A identificação de enquadramentos através da análise de correspondências: um modelo analítico aplicado à controvérsia das ações afirmativas raciais na imprensa. **Opinião Pública**, Campinas, v. 20, n. 3, p. 377-406, dez. 2014.

CAPPELLIN, P.; GIULLIANI, G. M. A racionalidade, a cultura e o espírito empresarial. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília (DF), v. 17, n. 1, p. 123-152, jun. 2002. p. 135.

CÁRDENAS, J. C. Groups, Commons and Regulations: experiments with Villagers and Students in Colombia. *In*: AGARWAL, B.; VERCELLI, A. (eds.). **Psychology, Rationality and Economic Behavior**. New York: Palgrave MacMillan, 2005.

CARVALHO JUNIOR, M. R.; PAMPLONA, D. A. As cidades e a participação democrática: possíveis inovações na política urbana brasileira no pós-1988. **DIREITO DA CIDADE**, v. 9, p. 78-102, 2017.

CASTRO, M. T. B.; MELLO, M. T. L. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, jun 2017. p. 12.

CHATER, N. A Revolução da Ciência Comportamental nas Políticas Públicas e em sua Implementação. *In*: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (org.). São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

CHAVAGLIA NETO, J.; FELIPE, J. A.; FERREIRA, M. A. M. **Neuroeconomia, Uma nova perspectiva sobre o processo de tomada de decisões econômicas**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. 40-41.

CHETTY, R. Behavioral Economics and Public Policy: A Pragmatic Perspective. **American Economic Review**, vol. 105, n. 5, p. 1-33, May, 2015.

CLEAVE, B. L.; NIKIFORAKIS, N.; SLONIM, R. Is there selection bias in laboratory experiments? **Dept. Economics**, University of Melbourne, Research Paper n. 1106, 2010.

CLÈVE, C. M. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 81-89, abr./jun. 1990.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, p. 110-141, 1º quadrimestre de 2014.

COASE, R. H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago, The University of Chicago Presse, 1988.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, n. 4, p. 386-405. 1937 (1985).

COASE, R. The problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

CODAGNONE, C. *et al.* *Nudging* no mundo da formulação de políticas internacionais. In: ÀVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.). **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

COHEN, S. Nudging and Informed Consent. **The American Journal of Bioethics**, v. 13, n. 6, p. 3-11, 2013.

COMELLA DORDA, R. **Limites del poder reglamentario en el derecho administrativo de los Estados Unidos**. Baarcelona: Cedecs, 1997. p. 14.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELO, C. A. B. (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo, Malheiros, 1997. v. 2.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar.1997.

COMPARATO, F. K. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, E. R.; CUNHA, S. S. (coords). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONLY, S. **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism**. New York: Cambridge University Press, 2013.

COOTER, R. Law and Imperialism of Economics: An introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. **UCLA Law Review**, v. 29, p. 1260-1269, 1982.

COPETTI NETO, A. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago: do Marginalismo ao Pragmatismo. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1 p. 194-222, jan./jun. 2017.

CÔRTEZ, P. R.; OLIVEIRA, A. M. A.; LARA, F. T. R. Políticas públicas baseadas em

evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 428-454, 2018.

DA ROCHA, C. A. A.; CALIXTO, F. C. Comportamento, escolha e políticas públicas: intersecções entre paternalismo libertário e planejamento cultural. *In*: ZILIO, D. (org.) **Comportamento em Foco**. São Paulo: Associação Brasileira de Psicologia e Medicina Comportamental – ABPMC, 2018. v. 8.

DANIELE, A. L. W. S.; PAMPLONA, D. A. Programa Universidade para Todos (PROUNI): A eficácia da política pública de expansão do ensino superior no Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** - UNIFAFIBE, v. 5, p. 34-67, 2017.

DATTA, S.; MULLAINATHAN, S. Behavioral Design: A New Approach to Development Policy. **Review of Income and Wealth**, 60, p. 7–35, 2014.

DAURA, S. A. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, ago. 2017.

DAVIDAI, S.; GILOVICH, T.; ROSS, L. D. The meaning of default options for potential organ donors. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 109, n. 38, p. 15201-15205, set. 2012.

DEMSETZ, H. Toward a Theory of Property Rights. **The American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio 1967.

DOLAN, P.; HALLSWORTH, M.; HALPERN, D.; KING, D.; VLAEV, I. **MINDSPACE**: Influencing Behaviour through Public Policy. Institute for Government and the Cabinet Office. 2010. Disponível em: <http://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/mindspace>. Acesso em: 21 set. 2018.

DOMINGUES, V. H.; RIBEIRO, M. C. P. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-471, ago. 2018.

DWORKIN, R. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, 1980.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo; Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo; Martins Fontes, 2014.

ELSTER, J. **Ulisses Liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2000.

ENTMAN, R. Framing: toward clarification of a fractured paradigm. **Journal of Communication**, New York, v. 43, n. 4, p. 51-58, dez. 1993.

EPSTEIN, R. Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 73.1, p. 111-132, 2006.

ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

ETZIONI, A. Reexame da estratégia mista de decisão. *In*: HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. (org.) **Políticas Públicas e Desenvolvimento**. 2. Ed. Brasília: UNB, 2009. p. 234-235.

EVANS, J. Dual-processing accounts of reasoning, judgment and social cognition. **Annual Review of Psychology**, v. 59, p. 255-278, 2008.

FALLON JUNIOR, R. H. Two senses of autonomy, **Stanford Law Review**, v. 46, n.4, p. 875-905, 1994.

FEINBERG, J. Legal Paternalism. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 1, n.1, p. 105-124, jan. 1971.

FERES, M. V. C. Regulação, intervenção do Estado na economia e políticas públicas: uma leitura crítica a partir do direito como identidade. *In*: BANWART JÚNIOR, C. J.; FERES, M. V. C.; KEMPFER, M. (org.) **Direito e Inovação: estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade**. Juiz de Fora: UFJF, 2013.

FERGUSIN, A. Nudge, Nudge, Wink Wink: Behavioral Economics—The Governing Theory of Obama's Nanny State. **Time Magazine**, n. 19, 26 abr. 2010. Disponível em: <http://www.weeklystandard.com/nudge-nudge-wink-wink/article/433737>. Acesso em: 9 dez. 2017.

FERRAZ, A. S. *et al.* Revisão integrativa: indicadores de resultado processo de doação de órgãos e transplantes. **J. Bras. Nefrol.**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 220-228, set. 2013.

FERREIRA, V. R. M. Psicologia E Adam Smith econômica. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, v. 47, n. 3, p.122-125, jul-set 2007.

FERREIRA, V. R. M. **Psicologia econômica: origens, modelos, propostas**. 2007. 327 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

FERREIRA, V. R. M. **Psicologia Econômica: Estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERREIRA, V. R. M.; SAPUNAR, B. **Nudging for good: o caso do Programa Unidos por Crianças Mais Saudáveis**. FGV EAESP - GVcef - 03º Encontro Brasileiro de Economia e Finanças Comportamentais. Ago. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18893>. Acesso em: 9 nov. 2019.

FISHER, I. **The theory of interest**. New York: Macmillan, 1930.

FLORIANI, L. B. R.; RIBEIRO, M. C. P. Teoria do desenho de mecanismos: uma proposta de aplicação aos contratos incompletos. **Revista da Faculdade Mineira De Direito**, v. 20, p. 215-244, 2018.

FONSECA, L. S. G. Pode a regulação ameaçar a liberdade? In: III COLÓQUIO INTERNACIONAL NEPC/IEAT: BIOTECNOLOGIAS E REGULACÕES – DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 2015, Belo Horizonte. **Anais das Sessões Coordenadas do III Colóquio Internacional NEPC/IEAT: Biotecnologias e Regulações – Desafios Contemporâneos**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2015.

FORGIONI, P. A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. (orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANCO, C. R.; MONTEMEZZO, F. P. O Lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. In: SALGADO, E. D.; GABARDO, E. (org). **Direito, Mercantilização e Justiça**. Curitiba: Ed UFPR, 2016.

FRANCO, C. R.; MONTEMEZZO, F. P. O Lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. In: SALGADO, E. D.; GABARDO, E. (orgs). **Direito, Mercantilização e Justiça**. Curitiba: Ed UFPR, 2016.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21. p. 211-260, jun. 2000.

FRIEDMAN, M. **Capitalismo & Liberdade**. [S.l.]: Ardenova, 1977.

GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, E. **Eficiência e Legitimidade do Estado – Uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Público**. São Paulo: Manole, 2003.

GABARDO, E. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARDNER, D. M. Deception in Advertising: A Conceptual Approach. **Journal of Marketing**, v. 39, n. 1, p. 40-46, jan. 1975.

GATCHER, S. *et al.* Are experimental economists prone to framing effects? A natural field experiment. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 70, n. 3, p. 443-446, jun. 2009.

GAZZANIGA, M. S. The Law and Neuroscience. **Neuron**, v. 60, n. 3, p. 412-415, nov. 2008.

GEOVANINI, F.; BRAZ, M. Conflitos éticos na comunicação de más notícias em oncologia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 21, n. 3, p. 455-462, dez. 2013.

GICO JÚNIOR, I. T. . Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jun. 2010.

GIGERENZER, G. **O Poder da Intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

GOFFMAN, E. **Os quadros da experiência social**: uma perspectiva de análise. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

GOMES, M. O conceito de enquadramento noticioso nos estudos publicados em periódicos científicos (2013-2016). 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 40, 2017, Curitiba. **Anais do 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**.

GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, E. R. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, E. R. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 19. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

HACHEM, D. W. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (orgs.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Curitiba: Íthala, 2016. v. 1, p. 207-216.

HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo**, v. 130, p. 38-45, 2011.

HALPERN, D. **Inside the Nudg Unit**. Londres: Ebury Publishing, 2015.

HANNIKAINEN, I. *et al.* A deterministic worldview promotes approval of state paternalism. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 70, p. 251-259, maio 2017.

HANSON, J. D.; KYSAR, D. A. Taking behavioralism seriously: some evidence of the problem of market manipulation. **Harvard Law Review**, v. 112, p. 1420-1572, maio 1999.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. **Science Magazine**, New Series, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <http://www.faculty.iu-bremen.de/poswald/teaching/USC/materials/Hardin%201968%20Science.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HAURIOU, M. **A Teoria da Instituição e da Fundação**. Ensaio de Vitalismo Social. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.
- HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Editora Visão, 1983.
- HERINGER, F. R. A. **Quantas políticas públicas há no Brasil?** O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro-ILB, 2018.
- HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1992.
- HEUKELOM, F. **Behavioral economics: a history**. New York: Cambridge University Press, 2014. Kindle Edition, posição 1758.
- HODSON, J. D. The Principle of Paternalism. **American Philosophical Quarterly**, v. 14, p.61-69, jan. 1977.
- HORTA, R. L. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017.
- HORTA, R. L. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Revista Diálogos sobre Justiça**, Brasília, n. 2, p. 38-48, maio/ago. 2014.
- HOWLETT, M. Policy instruments, policy styles, and policy implementation. National approaches to theories of instrument choice. **Policy Studies Journal**, v. 19, n. 2, p. 1–21, 1991.
- HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-2928-1.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.
- JEVONS, W. S. **The Theory of political economy**. 3. ed. Londres: Mcillan, 1888.
- JOLLS, C. *et al.* A Behavioral Approach to Law and Economics. *In*: SUSTEIN, C. R. (coord.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000..
- JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. Debiasing through Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 199-242, jan. 2006.
- JONES, C. **An introduction to the study of public policy**. Belmont: Duxbury Press, 1970. p. 170.
- JONES, G. **Hive Mind: How Your Nation's IQ Matters So Much More Than Your Own**.

Bakersville: Stanford University Press, 2019.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANAYAMA, R. L. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013.

KEENEY, R. L. Framing public policy decisions. **International Journal of Technology Policy and Management**, v. 4, n. 2, dez. 2003.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KINGDOM, J. W. **Agendas, alternatives, and public policy**. 2. ed. Nova Iorque: Pearson, 2010.

KOROBKIN, R. B. The Problems with Heuristics for Law. **UCLA School of Law, Law & Econ Research Paper** n. 4-1, fev. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.496462>. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=496462>.

KOROBKIN, R. B.; ULEN, T. S. Law and Behavioral Science: Removing Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, p. 1.060-1066, 2000.

LAIBSON, D. Golden eggs and hyperbolic discounting. **Quarterly Journal of Economics**, v. 112, n. 2, p. 443-477, 1997.

LASWELL, H. D. **A pre-view of policy sciences**. New York: Elsevier Publishing, 1971. p. 173

LE GRAND, J.; NEW, B. N. **Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?**, Oxford: Princeton University Press, 132, 2015.

LEE, N.; BRODERICK, A. J.; CHAMBERLAIN, L. What is “neuromarketing”? A discussion and agenda for future research. **International Journal of Psychophysiology**, v. 63, n. 2, p. 199-204, 2007.

LEPENIES, R.; MAŁECKA, M. The ethics of behavioural public policy. *In: The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*. Routledge, 2019. p. 520.

LERNER, D.; LASWELL, H. D. **The Policy Sciences**. Stanford: Stanford University Press, 1951.

LEWIN, S. B. **Economics and Psychology: Lessons for Our Own Day from the Early**

Twentieth Century. **Journal of Economic Literature**, v. 34, n. 3, p. 1293-1323, set. 1996.

LIMA, M. L. P. Percepção de Riscos Ambientais. *In*: SOCZKA, L. (org.). **Contextos Humanos e Psicologia Ambiental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, R. C. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

LINDSTROM, M. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LOBATO, L. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. *In*: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (org.). **Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

LOBEL, O.; AMIR, O. Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy. **Columbia Law Review**, San Diego, v. 108, n. 09-006, p. 1-40, jan. 2009.

LOEWENSTEIN, G.; UBEL, P. Economics Behaving Badly. **The New York Times**, jul. 2010. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2010/07/15/opinion/15loewenstein.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

LOHRENZ, T.; MONTAGUE, P. R. Neuroeconomics: what neuroscience can learn from economics *In*: LEWIS, A. (Org.). **The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LUNA, N. M. P. A. F. Pensar direito e emoção: uma cartografia. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p.27-47, 2018.

MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht: D. Reidel Pub. Co., 1986.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

MADRIAN, B. C. Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design. **Annual Review of Economics**, 6, p. 663-668, 2014.

MADRIAN, B. C.; SHEA, D. F. The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings. **Quarterly Journal of Economics**, v. 116, p.1149-1187, 2001.

MALUF, C. A. D. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

MANDEL, D.R. Gain Loss Framing and Choice: Separating Outcome Formulations from Descriptor Formulations., **Organizational Behavior and Human Decision Process**, v. 85, p. 56-76, maio 2001.

MANDEVILLE, B. **A fábula das abelhas ou Vícios privados, benefícios públicos**. São Paulo: Unesp, 2017.

MANDLER, M. **Dilemmas in Economic Theory: Persisting Foundational Problems in Microeconomics**. New York: Oxford, 1999.

MANKIW, G. N. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. **Rediscovering institutions: the organizational basis of politics**. New York: The Free Press, 1989.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed., São Paulo: RT, 2000.

MERQUIOR, J. G. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. 3. ed. São Paulo: É realizações, 2011.

MIGUEL, L. F. Autonomia, Paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, v. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

MILL, J. S. **Utilitarismo**. Trad. Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunter Books, 2014. p. 69.

MILLARD, E.; HEINEN, L. A análise econômica do direito: Um Olhar empirista crítico. **Economic Analysis of Law Review**, Universidade Católica de Brasília, v. 9, n. 1, p. 277-284, jan./abr. 2018. p.283.

MIRANDA, J. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 197. v. 1, p. 17.

MISES, L. V. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2009. p. 92.

MITCHELL, G. Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law. **William and Mary Law Review**, v. 43, n. 48, p. 1-134, abr. 2002.

MITCHELL, G. Libertarian Paternalism Is an Oxymoron. **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 3, p. 1245–1277, nov. 2004.

MONROY, Daniel. Nudges y Decisiones inconscientes: sesgo de status quo y políticas públicas em Colombia. **Revista Desafios**, Bogotá, v. 29, n. 1, p. 211-247, dez. 2016.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREIRA, A. S. **Um estudo transcultural da relação entre valores e o significado do dinheiro para indivíduos**. Brasília. Tese de Doutorado defendida no programa de Psicologia da Universidade de Brasília. 2000

MOREIRA, E. B. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORTARIA, C. A. **Introdução à Lógica**. Unesp: São Paulo, 2001.

MOULIN NETO, José. Usando Nudge no setor público brasileiro. **Estadão**, 18 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/blog-do-mlg/usando-nudge-no-setor-publico-brasileiro/>.

MUNIZ, V. C. Recensão - Simplifier: The Future of government, de Cass Sustein. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 315-319, ago. 2015.

MURAMATSU, R. The Death and Resurrection of Economics with Psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan.-mar. 2009.

MURAMATSU, R. Lições da Economia Comportamental para o Desenvolvimento e a Pobreza. In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (Org.). **Guia de economia comportamental e experimental**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

MURAMATSU, R.; FONSECA, P. Economia e Psicologia na Explicação da Escolha Intertemporal. **Revista de Economia Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 87-112, 2008.

MURAMATSU, R.; FONSECA, P. **Freedom of Choice in a World of Boundedly Rational Agents**. Remarks about the light paternalistic policy implications of behavioral economics. Disponível em: http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco_archivos/trabajos_XV_archivos/Muramatsu%20y%20Fonseca%20-%20Freedom%20of%20Choice%20in%20a%20World%20of%20Bounde.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018.

MURAMATSU, R.; FONSECA, P.. Um Enigma do Comportamento do Consumidor no Brasil: análise comportamental do consumo procrastinado em um cenário inflacionário. In: XXXII ENCONTRO DA ANPAD, 32, Setembro, 2008. Rio de Janeiro: EnANPAD, 2008. **Anais do XXXII Encontro da ANPAD**.

NERY, P. F. **Errar é Humano: economia comportamental aplicada à aposentadoria**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Texto para Discussão nº 188). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 15 fev. de 2018.

NEUMANN, J. V; MORGENSTERN, O. **Theory of games and economic behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1944.

NEVES, A. F. F; SANTANA, H. V. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 332-348, ago. 2017.

NEVES, M. Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 65.

NG, Yew-Kwang, HO, Lok Sang (ed.). Happiness and Public Policy Theory, Case Studies and Implications. London: Palgrave, 2006.

NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NUSDEO, F. **Curso de Economia introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2015.

OGUS, A. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. **Chicago Kent Law Review**, v. 79, n. 2, p. 383-401, 2004. p. 383.

OLIVEIRA, A. F.; CASTRO, B. B. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, p. 231-249, maio/jun. 2014.

OLIVER, A. Assessing social care policy through a behavioral lens. **Mind & Society**, Londres, n. 17, p. 39-51, mar. 2019.

OSTROM, E. The Quest for Meaning in Public Choice. **American Journal of Economics and Sociology**, Special Invited Issue: The Production and Diffusion of Public Choice Political Economy: Reflections on the VPI Center, v. 63, n. 1, p.105-147, jan. 2004.

PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, p.259-272, dez. 2004. p. 263. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-22. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=586641>.

PARREIRA, L.; BENACCHIO, M. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico** vol. 11, 2012. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128010>. Acesso em: 15 jan. 2019.

PELTZMAN, S. The Effects os Automobile Safety Regulation. **Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, p. 677-726, ago. 1975.

PESSALI, H. Teoria dos Custos de Transação: hibridismo teórico? Uma apresentação aos principais conceitos e à literatura crítica. **Economia em Revista**, v. 8, p. 41-65, 1999.

PESSALI, H.; DALTO, F. A mesoeconomia do desenvolvimento econômico: o papel das instituições. **Nova economia**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 11-37, abr. 2010.

PINHEIRO DE SANTANA, P. V. Análise Econômica do Direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**, v. 6, n. 1, 156-179, jul. 2014.

- POLANYI, M. **A lógica da Liberdade**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- POPPER, K. O Liberalismo – Algumas teses. *In*: DOERING, D.; ERKENS, R. **Leituras sobre o liberalismo**. (orgs.). São Paulo: Instituto Friederich Naumann, 2009.
- POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Little Brown and Co., 1973.
- POSNER, R. A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, R. **A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression**. Harvard University Press, 2009.
- POSNER, R. A. **How I Became a Keynesian**. The New Republic, set. 2009. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- POSNER, R. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POSNER, R. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PRADO, E. F. S. A ortodoxia neoclássica. **Estudo Avançados**, São Paulo, v. 15, n. 41, p. 9-20, jan/abr. 2001.
- PROCON-SP. **Programa de apoio ao superendividado - PAS**. 2019. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/espaco-consumidor/#ApoioSuperendividado>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- PROCOPIUCK, M. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (UN – PNUD). **Índices e Indicadores do Desenvolvimento Humano: Atualização Estatística de 2018**. 2018. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- REDELMEIER, D. A.; ROZIN, P.; KAHNEMAN, D. Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives. **JAMA**, v. 270, p. 72-76, jul. 1993.
- RIBEIRO, M. C. P. Racionalidade Limitada. *In*: RIBEIRO, M. C. P., KLEIN, V. (coord.) **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 64-65.
- RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (coords.) **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIO DE JANEIRO. **Aumento da Matrícula On-line**. Fundação João Goulart. [s.n], p. 2. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9430379/4234101/PAPERMATRICULAONLINE2016.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Travessia + Legal**. Fundação João Goulart. [s.n], p. 2. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9430379/4234102/PAPERTRAVESSIALEGAL.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.

RITHALIA, A.; MCDAID, C.; SUEKARRAN, S.; MYERS, L.; SOWDEN, A. Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review. **BMJ**, 338, a3162. PMID: 19147479, 2009.

RIVERO, J.; MOUTOUH, H. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBB, G. To nudge or not to nudge? **HR Magazine**, dez. 2017. Disponível em: <http://www.hrmagazine.co.uk/article-details/to-nudge-or-not-to-nudge>. Acesso em: 28 mar. 2018.

RODRIGUES, V. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSSETO, G. P. N.; SILVA, A. M. Agenda-setting e Framing: detalhes de uma mesma teoria? **Intexto**, Porto Alegre, UFRGS, n. 26, p. 98-114, jul. 2012.

ROZA, B. A.; NETO, B. F.; THOMÉ, T.; SCHIRMER, J. Doação de órgãos e tecidos no Brasil: podemos evoluir? **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 43-48, 2009.

SALAMA, B. M. **Estudos em Direito & Economia**. Curitiba: [s.n.], 2017. p. 14 Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/. SALAMA, B. M. O que é “Direito e Economia” *In*: TIMM, L. B. (org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-59.

SALAMA, B. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *In*: LIMA, M. L. P. (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMSON, A. Introdução à Economia Comportamental e Experimental. *In*: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (Org.). **Guia de economia comportamental e experimental**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

SAMUELSON, W.; ZECKHAUSER, R. J. Status quo Bias in Decision Making. **Journal of Risk and Uncertainty**, v. 1, p. 7-59, 1988.

SANDRONI, P. **Novíssimo dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 2007.

SANTOS, C. **The Social Epistemology of Experimental Economics**. New York: Routledge, 2009.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SBICCA, A. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, jul. 2014.

SCHNELLENBACH, J. A Constitutional Economics Perspective on Soft Paternalism. **Kyklos**, v. 69, n. 1, p. 135-156, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568410>. Acesso em: 4 nov. 2019.

SÉBASTIEN, D. *et al.* Tragic choice, controversy, and public decision-making: the case in France of random selection of AIDS patients for treatment ("lot-drawing"). **Revue française de sociologie**, 43, supplement, 2002. An annual english selection. p. 13.

SECCHI, L. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SHAFIR, E. **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton, 2012.

SHEFFRIN, S. M. Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics, **OEconomia**, v. 7, n. 3, p. 331-352, 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/oeconomia/2640>.

SHIKIDA, C. Efeito Peltzman. *In*: RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H.; KLEIN, V. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

SHILLER, R. J. **Irrational Exuberance**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

SHOHAM, A.; MALUL, M. The role of cultural attributes in savings rates. **Cross Cultural Management, An International Journal**, v. 19, n. 3, 2012.

SILVA, F. R. **Políticas Públicas e a Efetividade das Normas Constitucionais**. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

SILVA, J. A. **O Constitucionalismo brasileiro – evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMON, H. Alternative Visions of Rationality. *In*: ARKES, H.; HAMMONDS, K. (coords.) **Judgement and Decision Making**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

SKOUSEN, M. 1997, The Perseverance of Paul Samuelson's Economics. **Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 2, p. 137-152, 1997.

SLOVIC, P.; FISCHHOFF, B.; LICHTENSTEIN, S. Rating the Risks. **Environment**

Magazine, v. 21, n. 3, abr. 1979.

SMITH, A. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

SOUSA, C. E. B. Neurociência da Racionalidade versus Racionalidade da Neurociência: uma Análise Crítica a partir da Filosofia das Neurociências. **Ciências & Cognição**, v. 19, n. 3, p. 393-415, 2014.

SOUZA, L. C.; RAMOS, K. T. F.; PERDIGÃO, S. C. R. V. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

SOUZA, W. P. A. **Direito Econômico e Economia Política**. Belo Horizonte: Prisma Cultural, 1970. v.2.

SOWELL, Thomas. **Conflito de Visões: Origens Ideológicas das Lutas Políticas**. São Paulo: É Realizações, 2011.

STAATS, A. W. Behaviorismo social: uma ciência do homem com liberdade e dignidade. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, São Paulo, v. 32, n. 4, p. 97-116, 1980.

STARMER, C. Guia de Economia Comportamental e Experimental. *In: ÁVILA, F.; BIANCHI, A. M. (orgs.).* **Guia da Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

STERN, P. C. Environmentally significant behavior in the home. *In: LEWIS, A. (org.).* **The Cambridge Handbook of Psychology and Economic Behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STRECK, D. R. Racionalidade ecológica e formação de cidadania: entrevista com Gerd Gigerenzer **Educ. Pesqui.** [online], v. 40, n. 3, p. 829-843, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022014000300016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 dez. 2019.

STRUCHNER, N.; VASCONCELLOS, U. Direito e Felicidade: Algumas Implicações da Teoria Comportamento. *In: FORTES, P. et al (coord.)* **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 259-278.

SUNSTEIN, C. R. **Simpler: The Future of Governmet**. Nova York: Simon & Schuster, 2013.

SUNSTEIN, C. R. **Simpler: The Future of Governmet**. Nova York: Simon & Schuster, 2013.

SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **University of Chicago Public Law & Legal**, n. 43, p. 1159-1186, mai. 2003.

SUNSTEIN, C. S.; THALER, R. H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. **Civlistica.com. Revista Eletrônica de**

Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-47, 2015. p. 7. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SUNSTEIN, C. S.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, v. 93, n. 2, p. 175-179, jan. 2013.

SURREL, Y. Les Politiques publiques come paradigmes. *In*: FAURE, D. A.; POLLET, G.; WARIN, P. **La construction du sens dans les politiques publiques: débats autour de la notion de référentiel**. Paris: L'Harmattan, 1995. p. 125-151.

SUNSTEIN, C. R. (coord.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000.

SUNSTEIN, C. **Why Nudge?** The Politics of Libertarian Paternalism. Londres: Yale University Press, 2012.

SUNSTEIN, C. R. Nudging: A Very Short Guide, 37 J. **Consumer Policy**, 583, 2014.

SUNSTEIN, C. Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations. **Yale Journal on Regulation**, forthcoming, ju. 2015. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Sunstein_809.pdf.

SUNSTEIN, C. **The Ethics of Influence**. New York: Cambridge University Press, 2017.

SUNSTEIN, C.; HOLMES, S. **Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo, 2019.

TABAK, B. M. A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, p. 321-345, 2015.

TALEB, N. **Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 262.

TEIXEIRA, P. F.; SINAY, R.; BORBA, R. R. T. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES** 42, dezembro 2014.

THALEB, N. **Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

THALER, R. H. **Misbehaving: the making of Behavioral Economics**. New York: Norton & Company, 2015.

THALER, R.; SUNSTEIN, C. R. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. Chicago, **University of Chicago Public Law & Legal**, Chicago, Theory Working Paper n. 43, 2003.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth**

and Happiness. London: Penguin, 2008.

TOKARS, F. **Por uma Law and Economics tupiniquim**. Estado do Paraná, Curitiba, 13 de janeiro, 2008.

TULLOCK, G.; SELDON; A.; BRADY, G. L. **Falhas de Governo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 74, n. 2, p. 263-292, mar. 1979.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. The framing of decisions and the psychology of choice. **Science**, v. 211, p. 453-458, jan. 1981.

UCHIMURA, G. C.; LIMA, I. V. V. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, p. 2143-2170, 2018.

VASCONCELLOS-SILVA, P. R.; NOLASCO, P. T. L. Dialética da autonomia dos equilíbrios nos conflitos entre pacientes e cirurgões oncológicos. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 43, n. 5, p. 839-845, out. 2009.

VASCONCELLOS, Ú. S. C. C.; STRUCHINER, N.; HANNIKAINEN, I. A infeliz busca por felicidade no direito. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p.153-176, 2018.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB, 2009. v. 1.

WHITEHEAD, M. *et al.* Nudging all over the World, Assessing the Global Impact of the Behavioural Sciences on Public Policy. **Economic & Social Research Council**, Aberystwyth, p. 1-38, set. 2014.

WHITMAN, G. n. Against the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control. **Policy Analysis**, n. 563, 2006.

WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985.

WITHMAN, G. Agains the New Paternalism, Internalities and the Economics of Self-Control. **Policy Analysis**, n. 563, fev. 2006.

WRIGHT, J.; GINSBURG, D. Free to Err?: Behavioral Law and Economics and its implications for liberty. **Law and Liberty**, 16 fev. 2012. Disponível em: <https://www.lawliberty.org/liberty-forum/free-to-err-behavioral-law-and-economics-and-its-implications-for-liberty/>. Acesso em: 6 set. 2019.

ZANATTA, R. A. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina

Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília**, v. 10, p. 25-53, 2012. p. 13.

ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: Bei Comunicação, 2015.

ANEXO A – Hitler and Nudge.⁵⁹⁸

“Nós temos visto inúmeros exemplos de como empresas criam a ilusão de livre arbítrio quando na verdade, querem que escolhamos uma opção ao invés de outra. O poder da pré-definição tira vantagem da nossa preguiça e medo de fazer qualquer mudança quando o assunto é tomar decisões complexas, difíceis ou grandes.”⁵⁹⁹

“Hitler também parece ter tido alguns desses truques na manga, como pode ser visto nesta cédula de votação de 1938”⁶⁰⁰:



Tradução: “Referendo e Großdeutscher Reichstag; Cédula de votação; Você concorda com a reunificação da Áustria com o Reich Alemão que foi promulgada em 13 de março de 1938 e você vota no partido do nosso líder, Adolf Hitler? ; Sim; Não”⁶⁰¹

⁵⁹⁸ARIELY, D. **Hitler and Nudge**. Out., 2010. Disponível em: <http://danariely.com/2010/10/05/hitler-nudge/>. Acesso em: 4 abr. 2019.

⁵⁹⁹Tradução do autor: “We’ve seen numerous examples of how companies create an illusion of free choice when in fact they want us to choose one option over the other. The power of defaults takes advantage of our laziness and fear of making any changes when it comes to making complex, difficult, or big decisions.”

⁶⁰⁰Tradução do autor: “Hitler seems to have had a few of these tricks up his sleeve as well, as seen here in this 1938 voting ballot.”

⁶⁰¹Tradução do autor: “Translation: “Referendum and Großdeutscher Reichstag; Ballot; Do you agree with the reunification of Austria with the German Reich that was enacted on 13 March 1938 and do you vote for the party of our leader; Adolf Hitler?; Yes; No”

ANEXO B – A Popularidade do *Nudge*⁶⁰²

Tabela 1: American Attitudes toward Proeminent Recent Nudges

	Calories labels	Graphi warnings (cigarettes)	Federal encouragement: auto-enrollment	Federal mandate: auto-enrollment
Total Support	87/13	74/26	80/20	71/29
Democrats	92/08	77/23	88/12	79/22
Independents	88/12	74/26	75/25	67/33
Republicans	77/23	68/32	73/27	62/38

Tabela 2: American Attitudes Toward Five Educational Campaigns

	Childhood obesity	Distracted driving	Sexual Orientation discrimination	Movie Theaters	Animal Welfare Society	Obesity (arguably manipulative)
Total Support	82/18	85/15	75/25	53/47	52/48	57/43
Democrats	90/11	88/12	85/15	61/39	59/41	61/40
Independents	81/19	84/16	75/25	51/49	55/45	60/40
Republicans	70/30	80/20	57/43	41/59	34/66	47/53

Tabela 3: American Attitudes toward Some Potentially Nudges

	Listening incumbente politician first	Automatic voter registration	Husband´s last name	Mnadatory manufctoring label: labor violation	Mandatory manufacturing label: aiding terrorists
Total Support	53/47	53/47	58/42	60/40	54/46
Democrats	58/42	63/37	61/40	67/33	56/44
Independents	51/49	50/50	56/44	57/43	49/51
Republicans	47/53	39/61	57/43	50/50	58/42

⁶⁰²SUSTEIN, C. *The Ethics of Influence*. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 122.